

# Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht

herausgegeben von  
Martin Kment

Mohr Siebeck

# Grundstrukturen der Konzession im Umwelt- und Infrastrukturrecht

*Matthias Rossi und Sebastian Pfahl*

## A. Einleitung

Wenn im Rahmen eines Tagungsbandes zu „Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht“ die „Grundstrukturen der Konzession im Umwelt- und Infrastrukturrecht“ herausgestellt werden sollen und dieses Thema nicht mit einem Fragezeichen versehen ist, wird implizit unterstellt, dass es solche Grundstrukturen gibt – Grundstrukturen, die trotz der gebotenen Differenzierung von verschiedenen Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht wohl einen einheitlichen Zugang zu „der Konzession“ im Umwelt- und Infrastrukturrecht erlauben sollen. Die Abstrahierung verschiedener Konzessionen zu *einem*, zu *dem* Konzessionstyp spiegelt sich in den Formulierungen der einzelnen Themen dieses Bandes wider. Denn während das Gesamtthema des Bandes auf „Konzessionen“ im Plural bezogen ist, ist dieser Beitrag den Grundstrukturen „der Konzession“ im Singular gewidmet. Doch gibt es „die Konzession“ als Typ, als Instrument, als Rechtsinstitut gar? Besitzt die Konzession – erneut im Singular – tatsächlich einen festen Platz im Instrumentenkanon des deutschen Verwaltungsrechts? Oder verwendet das Verwaltungsrecht den Begriff der Konzession mit einem von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet höchst unterschiedlichem Inhalt?

Aktuelle Bedeutung hat der Konzessionsbegriff vor allem im Energierecht erhalten. Freilich wird der Begriff der Konzession hier gar nicht unmittelbar verwendet und vor allem auch nicht definiert. Vielmehr bestimmt § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG schlicht, dass Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für das Verlegen und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung stellen müssen. Man spricht insofern von einem (einfachen) Wegenutzungsvertrag, der auf das Verlegen sowie den Betrieb von Leitungen unmittelbar für einzelne Letztverbraucher bezogen ist.<sup>1</sup> Der Begriff der Konzession taucht erst

---

<sup>1</sup> Theobald, in: Danner/Theobald, Energierecht, Stand: 82. EL (Oktober 2014), § 46

und auch nur mittelbar im Folgesatz § 46 Abs. 1 S. 2 EnWG auf: Er thematisiert im Zusammenhang mit den nicht leitungs-, sondern gebietsbezogenen Wegenutzungsverträgen<sup>2</sup> die Zahlung von „Konzessionsabgaben“. Deshalb hat sich für den qualifizierten Wegenutzungsvertrag nach § 45 Abs. 2 EnWG der Begriff des Konzessionsvertrags durchgesetzt, obwohl dieser Begriff vom Gesetz selbst nicht verwendet wird.<sup>3</sup>

Vor diesem exemplarischen Hintergrund nimmt es nicht wunder, dass weder der Begriff der Konzession noch dessen Varianten wie Konzessionsvertrag und Konzessionsabgabe in der Rechtswissenschaft einheitlich verwendet werden.<sup>4</sup> Denn das Recht selbst kennt unterschiedliche Verwendungen. So listet § 15 Abs. 2 GewO die Erlaubnis, die Genehmigung, die Konzession und die Bewilligung in einer Legaldefinition als Synonyme für eine Zulassung auf.<sup>5</sup> Dem entspricht, dass in der (juristischen) Umgangssprache etwa bei verkehrsrechtlichen Genehmigungen von Konzessionen gesprochen wird, z.B. bei der Taxikonzession,<sup>6</sup> obwohl diese Terminologie vom einschlägigen Personenbeförderungsgesetz nicht verwendet wird.<sup>7</sup> § 48 EnWG spricht von Konzessionsabgaben, die als Entgelte für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für das Verlegen und den Betrieb von Leitungen nach § 46 EnWG definiert werden. Und Art. 5 Nr. 1 lit. a), b) Konzessionsvergaberichtlinie kennt Bau- und Dienstleistungskonzessionen,<sup>8</sup> mit denen ein Unternehmen beauftragt wird, ein Bauwerk zu errichten oder eine Dienstleistung zu erbringen, wobei sein Entgelt in der Nutzung der von ihm erbrachten Leistung besteht, gegebenenfalls zuzüglich einer weiteren Zahlung.

Dieser kleine Ausschnitt an Beispielen indiziert, dass es schwer sein wird, „Grundstrukturen der Konzession im Umwelt- und Infrastrukturrecht“ nachzuweisen. Zunächst sind daher die Ursprünge des Begriffs (II.) und funktionale Diversifizierungen zu beleuchten (III.), bevor anschließend der Blick auf Beispiele für Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht zu lenken ist (IV.). Sie lassen freilich weniger Grundstrukturen als vielmehr erkennen, dass der Begriff der Konzession derzeit einen Bedeutungswandel erfährt (V.).

EnWG Rn. 20; N. Huber, in: Kment, EnWG, 2015, § 46 Rn. 3; Greb/Wegner, Die Vergabe von Konzessionen im Energiebereich, 2012, Rn. 13 ff.

<sup>2</sup> Theobald (Fn. 1), § 46 EnWG Rn. 31, 34; N. Huber (Fn. 1), § 46 Rn. 3; Greb/Wegner (Fn. 1), Rn. 22.

<sup>3</sup> Theobald (Fn. 1), § 46 EnWG Rn. 20, 24, 31; Greb/Wegner (Fn. 1), Rn. 13 ff.

<sup>4</sup> Stern AöR 84 (1959), 137, 148; Storr, in: FS für Rolf Stober, 2008, 417 ff.

<sup>5</sup> Kritisch dazu schon Stern AöR 84 (1959), 137, 149.

<sup>6</sup> Z.B. OVG Münster NVwZ-RR 1991, 147 ff.; Storr, in: FS für Rolf Stober, 2008, 417, 421, Zitat dort.

<sup>7</sup> Personenbeförderungsgesetz (PBefG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. August 1990, BGBl. 1990 I, 1690, zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 147 G zur Strukturreform des Gebührenrechts des Bundes vom 7. August 2013, BGBl. 2013 I, 3154.

<sup>8</sup> Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. 2014 L 94, 1.

## B. Ursprünge des Konzessionsbegriffs

Als Ausgangspunkt bietet sich das Verständnis der Konzession von O. Mayer an, welches sich seinerseits an der „concession des services publics“ im französischen Recht orientiert.<sup>9</sup> Die Ursprünge des Konzessionsbegriffs liegen also in Frankreich.

### I. „concession“ und „service public“ im französischen Verwaltungsrecht

Das französische Verwaltungsrecht kennt bis heute als zentrales Institut den sog. „service public“. Der vielschichtige Begriff beschreibt nicht nur die inhaltliche Ausrichtung der Verwaltung auf die Befriedung der öffentlichen Interessen, sondern steht auch in einem engen, fast akzessorischen Verhältnis zum öffentlichen Recht: „Der service public ist [danach] der Weg, um mit Hilfe des öffentlichen Rechts die öffentlichen Interessen zu befriedigen.“<sup>10</sup> Inhaltlich erstreckt sich der Begriff des service public auch auf zahlreiche Bereiche, die herkömmlich und vor allem im freiheitlichen Verfassungsstaat von Privaten bedient werden. Sofern die staatliche Verwaltung nicht selbst einen service betreibt, sondern statt dessen einen privaten Unternehmer beauftragt, liegt nach dem klassischen Verständnis des französischen Verwaltungsrechts eine „concession de service public“ vor.<sup>11</sup> Der Betrieb der staatlichen Eisenbahnen ist ein typisches Beispiel, ebenso aber die Versorgung mit Wasser, Gas und Strom.

Mit der concession wird einem Privatmann bzw. einem Privatunternehmen insoweit ein service übertragen, der im öffentlichen Interesse und unter der Aufsicht der Verwaltung durchgeführt werden soll, andererseits aber auch eine Gewinnerzielung ermöglicht. Freilich erhält der Konzessionär nicht etwa das Recht zum Betrieb eines Privatunternehmens nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen, sondern eine Zwischenstellung zwischen Unternehmer und Amtsträger. Sie ist nicht eine Erlaubnis, die zunächst verboten und nun im Einzelfall erteilt wird, sondern sie bewirkt die Beteiligung eines Privaten an einem Teil der öffentlichen Verwaltung.<sup>12</sup> Entscheidend für das dogmatische Verständnis dieser concession ist dabei zum einen, dass es sich auch im Falle von Privaten gerade nicht nur um Privatunternehmen handelt, die der Verwaltungskontrolle unterstellt sind, sondern um „services publics“ in dem Sinne, dass die

<sup>9</sup> O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Band 2, 3. Aufl. 1924, 95 f.; Wieland, *Die Konzessionsabgaben*, 1991, 91 f.; Storr, in: FS für Rolf Stober, 2008, 417, 417.

<sup>10</sup> Wieland (Fn. 9), 92.

<sup>11</sup> Wieland (Fn. 9), 93 ff.

<sup>12</sup> Wieland (Fn. 9), 93 ff.

öffentlichen Interessen den Privatinteressen vorzugehen haben. Deshalb werden die *services publics* auch nicht durch den Konzessionär, sondern durch die Verwaltung organisiert, und deshalb unterfallen sie auch nicht dem Privatrecht, sondern dem öffentlichen Recht.

## II. Konzession im Verständnis Otto Mayers

O. Mayer hat diese zentralen Begriffe des französischen Verwaltungsrechts in das deutsche Verwaltungsrecht übertragen. Im zweiten Band seines Werks zum „Deutschen Verwaltungsrecht“ von 1896 thematisiert er im Abschnitt über „Das öffentliche Sachenrecht“ unter § 39 auch „die Verleihung besonderer Nutzungen“. Hier definiert er die Konzession als „ein allgemeines Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts, welches nach verschiedenen Richtungen zur Anwendung kommt,“ und hebt als maßgeblichen Inhalt hervor, „dass dem Unterthanen [...] rechtliche Macht gegeben werden soll über die öffentliche Verwaltung. Und zwar soll das in der Weise geschehen, dass er etwas, was zur öffentlichen Verwaltung gehört, ein Stück von ihr bildet, ihm ausgeliefert und in eignen Besitz erhält.“<sup>13</sup> Mayer versteht die Konzession explizit als Verleihung und beschreibt die Verleihung ihrerseits als „Verwaltungsakt, durch welchen einem Unterthanen rechtliche Macht gegeben wird über ein ausgeantwortetes Stück öffentlicher Verwaltung.“ (1. Aufl. 1984) „und die darin erscheinende öffentliche Gewalt“, wie er in der 3. Aufl. 1924 ergänzt.<sup>14</sup> Sodann unterscheidet er diese Verleihung als „Verleihung eines öffentlichen Unternehmens“ und als „Verleihung eines besonderen Gebrauchsrechts an einer öffentlichen Sache“. In vergleichbarer Weise definierte ebenfalls E. R. Huber die Konzession.<sup>15</sup> Zentrales Element war also die Verleihung subjektiv öffentlicher Rechte an den Bürger gegen den Staat, auf die der Bürger mangels Grundrechtsschutzes gerade angewiesen war.<sup>16</sup> Somit ließ sich die Abgrenzung zur einfachen Erlaubnis zumindest rechtsfolgenreich leicht lösen, denn diese verlieh gerade keine subjektiv öffentlichen Rechte auf Ausübung einer Tätigkeit, sondern nur auf Freiheit vor staatlichen Eingriffen.<sup>17</sup>

Hervorzuheben ist zusammenfassend (und verkürzend), dass Mayer die Konzession als einen Verwaltungsakt begriff, wobei sich die Verleihung nicht nur auf eine Eisenbahnkonzession, eine Chausseekonzession, eine Brücken- oder Fährenkonzession beziehen musste, sondern sich etwa auch auf das Nutzungsrecht an einer öffentlichen Sache erstrecken konnte. Zum anderen wurden

<sup>13</sup> O. Mayer (Fn. 9), 95 f.

<sup>14</sup> O. Mayer (Fn. 9), 95 f.

<sup>15</sup> E. R. Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Band 1, 2. Aufl. 1953, 548 f.

<sup>16</sup> Vogel, *Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand*, 1959, 51; Wieland (Fn. 9), 98; Storr, in: FS für Rolf Stober, 2008, 417, 418.

<sup>17</sup> E. R. Huber (Fn. 15), 549; vgl. Wieland (Fn. 9), 99.

der öffentlichen Verwaltung – ganz nach dem französischen Vorbild insofern – besondere Aufsichts- und Eingriffsbefugnisse gewährt, damit ihr niemand „hineinpusche“. Als Begründung für diese Befugnisse knüpfte Mayer explizit an das überkommene Wegeregal an, das nun als Wegehoheitsrecht bezeichnet wird. Schließlich war der Staat verpflichtet, das einmal verliehene Recht auch zu schützen, so dass dem Konzessionär im Falle der Widerrufung oder der tatsächlichen Beeinträchtigung des Rechts ein Anspruch auf Entschädigung zustand. Zugleich konnte der Staat schon nach der *Mayerschen* Konzeption als Entgelt für die verliehenen Rechte eine Gebühr erheben, für die es keiner besonderen gesetzlichen Grundlage bedurfte, sondern die aus der „freiwilligen“ Unterwerfung des Betroffenen gefolgt wurde, die ihrerseits im Antrag der Konzession erblickt wurde. Heute wird insofern von Konzessionsabgaben gesprochen.

### III. Frühe Konzessionsverträge im Infrastrukturbereich

In Bezug auf die Energieversorgung, bei der zur Netzverlegung und zum Netzbetrieb die Nutzung öffentlicher Wege erforderlich ist, wurde erstmalig bei Crome von „Konzessionsverträgen“ gesprochen.<sup>18</sup> Die Relevanz des Konzessionsvertrags für die Verlegung von Netzen und die Lieferung von Strom, Gas und Wasser lässt sich bis in das 19. Jahrhundert zurückverfolgen.<sup>19</sup> Crome entlehnte dessen Inhalt ebenso wie O. Mayer dem französischen Rechtskreis und gab ihm die Bedeutung als Verleihung eines Teils öffentlicher Verwaltung an den Bürger („Repräsentant des Staates“), was sich früher möglicherweise mit einer Beleihung vergleichen ließ.<sup>20</sup> Anders als die Zuordnung im französischen Recht maß er dem deutschen Konzessionsvertrag mit seinen Besonderheiten aber eindeutig privatrechtlichen Charakter zu.<sup>21</sup>

### IV. Konstitutive Verleihung versus grundrechtliche Verbürgung subjektiver Rechte

Soweit unabhängig von der Frage, ob die Konzession dem öffentlichen oder dem privaten Recht unterfällt, ihre Besonderheit in der Übertragung eines subjektiven öffentlichen Rechts gesehen wurde, überzeugte diese Konzeption mit dem freiheitlichen Verständnis im grundrechtsgebundenen Staat nicht mehr. Schon

<sup>18</sup> Crome AcP 115 (1917), 1 (9 u. passim); Stern AöR 84 (1959), 137, 142, 146.

<sup>19</sup> Tettinger DVBl 1991, 786, 786.

<sup>20</sup> Crome AcP 115 (1917), 1, 15; Stern AöR 84 (1959), 137, 146. Heute läge eine Beleihung eher fern, weil mit ihr der Einsatz öffentlich-rechtlicher Handlungsmittel verbunden wäre. Bei einem Verständnis der Übertragung von Hoheitsrechten als eine Übertragung öffentlicher Aufgaben wäre die Folgerung hingegen weiterhin zutreffend; vgl. Stern a.a.O., 137, 172.

<sup>21</sup> Crome AcP 115 (1917), 1, 11 f., 31; Stern AöR 84 (1959), 137, 147.

die einfachrechtliche Kodifizierung der Gewerbefreiheit in § 1 GewO wies bereits in eine andere Richtung, weil das subjektiv öffentliche Recht nicht erst durch „Verleihung“, sondern bereits einfachrechtlich allgemein bestand.<sup>22</sup> Spätestens unter Geltung des Grundrechtskatalogs konnte die Konstruktion nicht mehr als richtig gelten.<sup>23</sup> Denn subjektiv öffentliche Rechte kommen dem Bürger bereits ohne staatliche Verleihung aufgrund ihrer Grundrechtsberechtigung zu. Sämtliche Betätigungen, für die der Bürger eine wie auch immer geartete Zulassung benötigt, die ihm dann auch gewährt wird, darf der Bürger bereits wegen seiner Grundrechte als subjektiv öffentliche Rechte ausüben und nicht erst aufgrund der Zulassung. Das Zulassungserfordernis dispensiert Grundrechte nicht, sondern schränkt sie nach Maßgabe der grundrechtlichen Schranken-Schranken ein, unterstellt sie mithin gewisser behördlicher Vorbehalte.

Aus diesem Grund überzeugt es nicht, die Konzession im Sinne einer Verleihung subjektiv öffentlicher Rechte für die Erlaubnis bei repressiven Verboten mit Befreiungsvorbehalt zu gebrauchen.<sup>24</sup> Zum einen wurde die Konzession wegen ihrer Besonderheiten schon gegenüber der „schlichten Gewerbeerlaubnis“ als Zulassung abzugrenzen versucht, was bis heute Schwierigkeiten bereitet.<sup>25</sup> Zum anderen überzeugt ein Verweis auf die wasserrechtliche Bewilligung nach § 10 Abs. 1 WHG, die ein subjektiv öffentliches Recht „begründet“ und auf der speziellen eigentumsrechtlichen Lage im Wasserrecht beruht, gleichsam nicht.<sup>26</sup> Hier gelten ebenfalls Grundrechte, freilich gesetzlich eingeschränkt, aber jedenfalls nicht durch Gesetz einfachrechtlich versagt und erst durch Bewilligung verliehen. Des Weiteren ist kein gesteigerter Erkenntniswert zu erwarten, wenn Erlaubnisse bei repressiven Verboten mit Befreiungsvorbehalt zusätzlich als Konzessionen bezeichnet werden.<sup>27</sup> Im Gegenteil wären weitere Unklarheiten die Folge.

<sup>22</sup> Gröschner, Das Überwachungsrechtsverhältnis, 1992, 194.

<sup>23</sup> Gröschner (Fn. 22), 194; Storr, in: FS für Rolf Stober, 2008, 417, 418 f.; dahingehend wohl auch Stern AöR 84 (1959), 137, 149 f.

<sup>24</sup> So aber Koenig, Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung, 1994, 105; Naab, Die Versteigerung knapper Ressourcen durch den Staat, 2010, 29 f.; ähnlich Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 12 Rn. 161; in diese Richtung auch Bumke, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 2, 2. Aufl. 2012, § 35 Rn. 95. Dagegen, wegen der stets einschlägigen Grundrechte, die immer ein subjektives Recht auf berufliche Tätigkeit gewähren, die aber unter gewissen Umständen verboten wird: Storr, in: FS für Rolf Stober, 2008, 417, 420.

<sup>25</sup> Stern AöR 84 (1959), 137, 148.

<sup>26</sup> A.A. Koenig (Fn. 24), 105; Storr, in: FS für Rolf Stober, 2008, 417, 420.

<sup>27</sup> Vgl. Storr, in: FS für Rolf Stober, 2008, 417, 431.

## C. Funktionale Diversifizierung des Konzessionsbegriffs

Die Verleihung subjektiver Rechte ist im geltenden Recht freilich nur eine Funktion von Konzessionen. Allerdings ist das geltende Recht in seiner Vielfalt hinsichtlich der Verwendung des Begriffs Konzession nicht viel schärfer als die Verwaltungsrechtswissenschaft. Vielmehr wird der Begriff der Konzession in unterschiedlichem funktionellen Zusammenhang verwendet. Zwei Grundtypen sollen betrachtet werden: die Konzession als Genehmigung, bei der auf Antrag eines Bürgers die Zulassungswirkung im Vordergrund steht und die deshalb als zulassende Konzession bezeichnet sei, und die Konzession als Erfüllungsprivatisierung, mit der im Interesse der öffentlichen Hand eine Aufgabe an einen Privaten übertragen wird und dabei regelmäßig Verteilungsaspekte zu berücksichtigen sind, weshalb von der verteilenden Konzession gesprochen sei.

### *I. Konzession als Genehmigung – zulassende Konzession*

Unstreitig wird der Begriff der Konzession als Synonym für eine Genehmigung, als Unterfall einer Zulassung verstanden.

#### 1. Konzession im Gewerberecht

Besonders deutlich kommt dies im bereits zitierten § 15 Abs. 2 GewO zum Ausdruck: Die Bestimmung fasst die Konzession mit der Erlaubnis, der Genehmigung und der Bewilligung unter dem Begriff der Zulassung zusammen. Überraschend ist, dass der Begriff der Konzession entgegen seines Ursprungs im 19. Jahrhundert erst durch eine Änderung der Gewerbeordnung im Jahre 1984 eingeführt wurde. Die bis dahin alte Fassung lautete: „Die Fortsetzung des Betriebs kann durch die zuständige Behörde verhindert werden, wenn ein Gewerbe, zu dessen Beginn eine besondere Genehmigung erforderlich ist, ohne diese Genehmigung begonnen wird.“ Sie entsprach bis auf kleine sprachliche Abweichungen der Fassung der Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes von 1869.<sup>28</sup>

Zur Entstehung, Bedeutung und Abgrenzung der einzelnen synonym verwendeten Begriffe ist den gängigen Kommentaren nichts zu entnehmen.<sup>29</sup> Ins-

<sup>28</sup> Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21. Juni 1869, BGBl. 1869, 245.

<sup>29</sup> *Marcks*, in: Landmann/Rohmer, GewO, Stand: 68. EL (August 2014), § 15 Rn. 12, verweist lediglich auf die sogleich dargestellte Gesetzesbegründung; *Pielow*, in: ders., BeckOK GewO, Stand: 29. Ed. (1.1.2015), GewO § 15, spricht durchgehend von „Zulassung“; *Ambts*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand: 195. EL (Juli 2013), § 15 GewO; *Marcks*, Makler- und Bauträgerverordnung, mit § 34c GewO, sonstigen einschlägigen Vor-



besondere erschließen sich die Gründe für die Aufnahme der Konzession in § 15 Abs. 2 GewO kaum – die Gesetzesmaterialien geben insofern wenig her.<sup>30</sup> Vermutet wird allgemein, dass die Bestimmung alle Zulassungsformen unter der GewO zusammenfassen und deshalb auch die Konzession erfassen wollte, die nach § 30 GewO für den Betrieb von Privatkrankenanstalten erforderlich ist.<sup>31</sup> Freilich wäre es klüger gewesen, die Begrifflichkeiten insoweit zu harmonisieren und den Betrieb von Privatkrankenanstalten von einer Genehmigung abhängig zu machen. Aus sprachlicher Sicht ist die Zusammenfassung unter der Zulassung konsequent, denn das lateinische *concedere* bedeutet erlauben, zulassen, gestatten.

Ungeachtet der Kritik an § 15 Abs. 2 S. 1 GewO, die sich im Übrigen auch darauf erstreckt, dass die Norm nicht auch die Lizenz als weitere Form der Zulassung aufgenommen habe,<sup>32</sup> herrscht im Ergebnis Einigkeit darüber, dass der Begriff der Konzession als Synonym für die Einräumung eines subjektiven Rechts verwendet werden kann, für die Erteilung einer Genehmigung oder eines Sondernutzungsrechts etwa.<sup>33</sup>

## 2. Konzession in anderen Rechtsgebieten

Außerhalb der Gewerbeordnung als allgemeines Wirtschaftsverwaltungsgesetz wird der Begriff der Konzession von den Gesetzen sehr viel weniger verwendet als der allgemeine juristische Sprachgebrauch dies vermuten ließe. Taxikonzessionen sind in der Sprache des Personenbeförderungsgesetzes Genehmigungen, Gaststättenkonzessionen sind in der Begrifflichkeit des Gaststättengesetzes Erlaubnisse, um nur zwei Beispiele zu nennen.

Im Bergrecht erwähnt das Bundesberggesetz<sup>34</sup> Konzessionen zwar noch an zwei Stellen, nämlich in § 149 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, Nr. 8 BBergG (Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung alter Rechte und Verträge) und in der Überschrift des § 153 BBergG (Konzessionen, Erlaubnisse und Verträge zur Gewinnung), doch werden die Genehmigungen seit der Novellierung des Bergrechts aus dem

schriften und MaBVwV, 9. Aufl. 2014, § 15 GewO, spricht nur von Erlaubnis; siehe auch Hoffmann/Walter/Köhler-Rott, Praxis der Kommunalverwaltung, K 2 a Bund, § 15 GewO, Stand: Juni 2011; Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung, 8. Aufl. 2011, § 15.

<sup>30</sup> BT-Drs. 10/1125, 16.

<sup>31</sup> Ennuschat (Fn. 29), § 30 Rn. 27; Storr, in: FS für Rolf Stober, 2008, 417, 420.

<sup>32</sup> Storr, in: FS für Rolf Stober, 2008, 417, 420.

<sup>33</sup> Vgl. Storr, in: FS für Rolf Stober, 2008, 417 ff.; Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2011, § 67 Rn. 660; Koenig (Fn. 24), 100 ff., Konzession klassischerweise als Erlaubnis im Gewerberecht; Nettesheim EWS 2007, 145, 147, in Abgrenzung zum europarechtlichen Verständnis; Konzession im Sinne einer besonderen Zuweisung eines Nutzungsrechts bei Bumke, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 2, 2. Aufl. 2012, § 35 Rn. 90, 95; Jarass, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl. 1997, § 9 Rn. 2 f., mit Ergänzung der im letzten Halbsatz genannten Institute.

<sup>34</sup> Vom 13. August 1980, BGBl. 1980 I, 1310.

Jahre 1980 nur noch in der Form von Erlaubnissen, Bewilligungen und dem sog. Bergwerkseigentum gewährt. Die frühere Terminologie der Konzession<sup>35</sup> schwingt aber in Literatur und Rechtsprechung noch immer mit.<sup>36</sup> Rechtstechnisch handelt es sich bei den §§ 6 ff. BBergG zur Gewinnung von Bodenschätzen um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.<sup>37</sup>

Umgekehrt spricht der Glücksspielstaatsvertrag explizit von der Notwendigkeit einer Konzession. Die §§ 4a – 4e des Glücksspielstaatsvertrags normieren ausführlich das Erfordernis einer Konzession.<sup>38</sup> Trotz einiger Parallelen zum historischen Verständnis als konstitutive Verleihung handelt es sich auch bei den glücksspielrechtlichen Konzessionen aber nur um Zulassungen. Bei grundsätzlicher Betrachtung überträgt der Staat einem Privaten die Möglichkeit, Glücksspiel zu veranstalten und damit Gewinn zu erzielen. Quasi als „Gegenleistung“ und Vorteilsabschöpfung<sup>39</sup> hat er Konzessionsabgaben (§ 4d GlüStV) zu leisten, wobei er sich aber durch das veranstaltete Glücksspiel gegenüber den Endverbrauchern refinanzieren kann. So betrachtet werden die Parallelen zum historischen Verständnis der Konzession als konstitutive Verleihung subjektiver Rechte deutlich. Zugleich ist dem Konzessionsnehmer Raum gegeben, sich im Rahmen der Konzession wirtschaftlich zu betätigen.<sup>40</sup>

Soweit das Glücksspielrecht gerne als Beispiel dafür verwendet wird, dass die Konzession – ähnlich insoweit der Bewilligung – einen Genehmigungsvorbehalt bei repressiven Verböten mit Befreiungsvorbehalten zum Ausdruck bringe, ist Vorsicht geboten. Eine solche Zuspitzung des Begriffs der Konzession ist zwar überlegenswert, deckt sich aber erstens nicht mit der Gesetzessprache und zweitens nicht mit der inhaltlichen Bewertung. Soweit etwa im Wasserrecht anerkannt ist, dass aufgrund der besonderen Eigentumsbedingungen am Grundwasser ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt verankert ist, wird die entsprechende Zulassung als Bewilligung bezeichnet. Umgekehrt ist für das Glücksspielrecht – jedenfalls in Rechtsprechung und Literatur – anerkannt, dass entsprechende Aktivitäten grundrechtlich geschützt sind und die Konzession insoweit eine Erlaubnis darstellt. Freilich mag man darüber streiten, und es ist in der Tat schon die Schwierigkeit, ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbe-

<sup>35</sup> Vgl. den Gebrauch in § 149 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, Nr. 8 BBergG zur Aufrechterhaltung alter Rechte und Verträge.

<sup>36</sup> Vgl. OVG RP, Urt. v. 09.10.2008 – 1 A 10231/08, Rn. 44, 49, 58 (juris); Weller/Kullmann, BBergG, 2012, § 149 Rn. 1; Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 6 Rn. 1 ff.

<sup>37</sup> Vitzthum/Piens (Fn. 36), § 6 Rn. 2.

<sup>38</sup> Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV), GVBl 2012, 318.

<sup>39</sup> Trute, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 167, 202 f.

<sup>40</sup> Trute, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 167, 202.

halt von einem repressiven Verbot mit Befreiungsvorbehalt exakt abzugrenzen, die einer Verwendung des Begriffs der Konzession ausschließlich im zweiten Sinne entgegensteht.

## *II. Konzession als Erfüllungsprivatisierung – verteilende Konzession*

Eine andere Bedeutung liegt der Konzession im europarechtlich determinierten Vergaberecht zugrunde, wie etwa am Beispiel der jüngst viel diskutierten Dienstleistungskonzession deutlich wird. Sie ist ein Institut europarechtlicher Prägung.<sup>41</sup> Daraus folgt, dass die Begriffsbestimmung unionsrechtsautonom zu erfolgen hat und nationale Vorprägungen des Begriffs der Konzession nicht herangezogen werden können.<sup>42</sup>

Ob sich diese gebotene Unterscheidung auch begrifflich fassen lässt, erscheint zweifelhaft. Unterscheidungen zwischen „alten“ und „neuen“ oder „unechten“ und „echten“ Konzessionen sind letztlich willkürlich und lassen vor allem auch nicht ohne weiteres auf den Inhalt und die Bedeutung der betreffenden Konzession schließen. Treffender mag insofern eine Differenzierung zwischen regelnder Konzession im Sinne einer Zulassung und beschaffender Konzession im Sinne des Vergaberechts sein. Eine solche Differenzierung bringt vor allem zum Ausdruck, ob der Staat primär in seiner Eigenschaft als Hoheitsgewalt oder vor allem als nachfragender Marktteilnehmer auftritt. Freilich sind Unschärfen vorprogrammiert. Vorgeschlagen wird stattdessen, die Konzessionen im Sinne einer Erlaubnis als zulassende und die Konzession im Kontext des Vergaberechts als verteilende Konzession zu bezeichnen, wobei die Schwächen auch dieser Terminologie nicht übersehen werden.

### **1. „Altes“, noch geltendes Recht für verteilende Konzessionen**

Während Baukonzessionen wie klassische öffentliche (Dienstleistungs-)Aufträge dem Kartellvergaberecht nach § 99 Abs. 1 und Abs. 6 GWB unterfallen, sind Dienstleistungskonzessionen vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts nicht erfasst.<sup>43</sup> Dementsprechend sind Dienstleistungskonzessionen von Dienstleistungsaufträgen ebenso zu unterscheiden<sup>44</sup> wie von Baukonzessionen.

<sup>41</sup> *Burgi* NZBau 2005, 610, 611; Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, 1.8.2006, ABL C 179, 2; *Nettesheim* EWS 2007, 145, 147.

<sup>42</sup> Deutlich *Prieß/Marx/Hölzl* NVwZ 2011, 65, 65 f.

<sup>43</sup> Vgl. Art. 17 Vergabekoordinierungsrichtlinie (RL 2004/18/EG), Art. 18 Sektorenrichtlinie (RL 2004/17/EG).

<sup>44</sup> Vgl. insb. EuGH, Urt. v. 10.11.2011, Rs. C-348/10.

Ausgangspunkt ist die – allerdings unvollständige – Definition in Art. 1 Abs. 4 der Vergabekoordinierungsrichtlinie. Danach sind Dienstleistungskonzessionen „Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht“.<sup>45</sup> Zur näheren Abgrenzung hat die Kommission eine Mitteilung mit Kriterien veröffentlicht, wann eine Dienstleistungskonzession vorliegt.<sup>46</sup> So muss der Unternehmer das wirtschaftliche Risiko seiner Refinanzierung bei den Endnutzern tragen. Außerdem wird ihm die Verantwortung für die Nutzung der Dienstleistung übertragen. Zudem hat eine Dienstleistungskonzession „üblicherweise Tätigkeiten zum Inhalt, die nach ihrer Natur, ihrem Gegenstand und nach den Vorschriften, denen sie unterliegen, in den Verantwortungsbereich des Staates fallen und die Gegenstand von ausschließlichen und besonderen Rechten sein können“. Klassisches Beispiel für eine Dienstleistungskonzession ist die entgeltliche Übertragung des Betriebs eines öffentlichen Parkplatzes an einen Unternehmer, der zur Refinanzierung von den Nutzern ein Entgelt erhebt.<sup>47</sup>

Demgegenüber sind Baukonzessionen Verträge über die Durchführung eines Bauauftrags, bei dem die Gegenleistung für die Bauarbeiten statt in einem Entgelt in dem befristeten Recht auf Nutzung der baulichen Anlage, gegebenenfalls zuzüglich der Zahlung eines Preises, besteht.<sup>48</sup> Auf diese Weise kann sich der Unternehmer (Konzessionär) refinanzieren.<sup>49</sup>

Die (noch) geltende Freistellung von Dienstleistungskonzessionen vom Vergaberecht befreit sie indes nicht von der Beachtung des primären Gemeinschaftsrechts. Der EuGH leitet aus den Grundfreiheiten und dem Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV ab, dass Dienstleistungskonzessionen nur unter folgenden Maßgaben erteilt werden dürfen: angemessener Grad an Öffentlichkeit zugunsten potentieller Bieter zwecks Wettbewerb und Nachprüfung, Transparenz, Beachtung des Diskriminierungsverbots.<sup>50</sup> Diese Anforderungen

---

<sup>45</sup> Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. 2004 L 134, 114.

<sup>46</sup> Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. 2000 C 121, 2 f. Ziff. 2.2.

<sup>47</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-458/03 (Parking Brixen), Slg. 2005, I-8585, Rn. 31 ff.

<sup>48</sup> Art. 1 Abs. 3 Vergabekoordinierungsrichtlinie; § 99 Abs. 6 GWB.

<sup>49</sup> Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2013, § 9 Rn. 19; Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2011, § 67 Rn. 660.

<sup>50</sup> EuGH, Rs. C-324/98 (Telaustria), Slg. 2000, I-10745, Rn. 60 ff.; Rs. C-231/03 (Coname), Slg. 2005, I-7287; Rs. C-458/03 (Parking Brixen), Slg. 2005, I-8585, Rn. 46; Rs. C-91/08 (Wal), Slg. 2010, I-2815, Rn. 33; Opitz NVwZ 2014, 753, 754; Sudbrock KommJur 2014, 42, 42; Nettesheim EWS 2007, 145, 151; Prieß/Marx/Hölzl NVwZ 2011, 65, 67 f.

sind allerdings erst bei einem grenzüberschreitenden Element (Binnenmarktrelevanz) zu beachten.<sup>51</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die öffentliche Hand bei der Dienstleistungskonzession die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben an Private überträgt, welche die Aufgabe eigenverantwortlich unter Tragung des wirtschaftlichen Risikos erfüllen, wobei der öffentlichen Hand ihr Steuerungsanspruch (Gewährleistungsverantwortung) verbleibt.<sup>52</sup> Die Vorteile von Dienstleistungskonzessionen für den Staat werden insbesondere in einer Befreiung von der Erfüllungsverantwortung sowie in einer Entlastung des Haushalts gesehen, wenn sich der Konzessionär über seine Leistungen refinanziert.<sup>53</sup>

## 2. Künftiges Recht

Mit der RL 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe (KVR)<sup>54</sup> werden erstmalig spezifische sekundärrechtliche Vorgaben für den Bereich der Dienstleistungskonzession getroffen, die über die ohnehin zu beachtenden primärrechtlichen Vorgaben hinausgehen. Bau- und Dienstleistungskonzessionen werden danach ebenso wie öffentliche Aufträge als Beschaffungsvorgänge verstanden, die dem Vergaberecht unterliegen.<sup>55</sup> Die Richtlinie schließt für Dienstleistungskonzessionen damit eine Lücke im Sekundärrecht.<sup>56</sup> Die Mitgliedstaaten haben die Richtlinie gemäß Art. 51 Abs. 1 bis zum 18.4.2016 umzusetzen. Die neue Konzessionsvergaberichtlinie ist Teil eines ganzen Richtlinienpakets, das das gesamte europäische Vergaberecht modernisiert.<sup>57</sup> Neben die Konzessionsvergaberichtlinie treten die RL 2014/24/EU, die sich mit den üblichen öffentlichen Auftraggebern befasst, sowie die RL 2014/25/EU für Sektorenauftraggeber; sie werden ihre jeweiligen Vorgänger ersetzen.

Gemäß Art. 1 Abs. 1 Konzessionsvergaberichtlinie findet die Richtlinie Anwendung auf alle „Verfahren von öffentlichen Auftraggebern und Auftraggebern zur Beschaffung im Wege von Konzessionen, deren geschätzter Wert mindestens dem in Artikel 8 festgelegten Schwellenwert entspricht.“ Der Schwellenwert liegt bei 5.186.000 €. Konkret wird nach Art. 1 Abs. 2 auch die Vergabe

<sup>51</sup> Etwa EuGH, Rs. C-507/03 (Kommission/Irland), Slg. 2007, I-9777, Rn. 29, 32; näher zum Ganzen etwa Opitz NVwZ 2014, 753, 755 und Prieß/Marx/Hölzl NVwZ 2011, 65, 67 f.

<sup>52</sup> Burgi NZBau 2005, 610, 610 f.; Nettesheim EWS 2007, 145, 146.

<sup>53</sup> Burgi NZBau 2005, 610, 610; Nettesheim EWS 2007, 145, 147, der aber wohl die Dienstleistungskonzession zu sehr im Bereich der materiellen Privatisierung verortet, wo eine Aufgabe gerade vollständig übertragen wird und nicht nur die Erfüllung.

<sup>54</sup> Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. 2014 L 94/1; englisch „Directive [...] on the award of concession contracts“; französisch „Directive [...] sur l'attribution de contrats de concession“.

<sup>55</sup> Vgl. Ruthig/Storr (Fn. 49), § 67 Rn. 660; Walz, Die Bau- und Dienstleistungskonzession im deutschen und europäischen Vergaberecht, 2009, 61 – 76.

<sup>56</sup> Opitz NVwZ 2014, 753, 753.

<sup>57</sup> Opitz NVwZ 2014, 753, 753.

von Bau- oder Dienstleistungskonzessionen an Wirtschaftsteilnehmer erfasst. Hingegen gilt die Konzessionsvergaberichtlinie explizit nicht für zahlreiche Sachbereiche, die in den Art. 10 ff. aufgezählt sind. Darunter befinden sich, zurückgehend auf eine Bürgerinitiative („Right2Water“), grundsätzlich die Trinkwasserversorgung (Art. 12 Abs. 1, Abs. 2 lit. a) Konzessionsvergaberichtlinie) sowie Konzessionen im Zusammenhang mit der Abwasserbeseitigung und -behandlung (Art. 12 Abs. 2 lit. b) Konzessionsvergaberichtlinie).<sup>58</sup> Gleichwohl wird trotz Herausnahme aus der Konzessionsvergaberichtlinie (oder Unterschreitens des o.g. Schwellenwerts) das Europäische Primärrecht bei der Vergabe weiterhin zu beachten sein, was der EuGH auch bisher für Dienstleistungskonzessionen feststellte.<sup>59</sup>

Die Begriffsbestimmung der Baukonzession in Art. 5 Nr. 1 lit. a) Konzessionsvergaberichtlinie beschreibt diese als „einen entgeltlichen, schriftlich geschlossenen Vertrag, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des vertragsgegenständlichen Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.“ Sie entspricht weitestgehend der bekannten Begrifflichkeit der Vergabekoordinierungsrichtlinie.

Hingegen weicht die jetzt erstmalig zusammenhängend in einer Richtlinie gefasste Definition der Dienstleistungskonzession etwas von der bisherigen ab. Art. 5 Nr. 1 lit. b) Konzessionsvergaberichtlinie definiert diese als „einen entgeltlichen, schriftlich geschlossenen Vertrag, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Buchstabe a bestehen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.“

Zum bereits kurz skizzierten Wesensmerkmal des Risikos bei der Konzession in Abgrenzung zum Auftrag enthält Art. 5 Nr. 1 UAbs. 2 Konzessionsvergaberichtlinie folgende Konkretisierungen: „Mit der Vergabe einer Bau- oder Dienstleistungskonzession geht auf den Konzessionsnehmer das Betriebsrisiko für die Nutzung des entsprechenden Bauwerks beziehungsweise für die Verwertung der Dienstleistungen über, wobei es sich um ein Nachfrage- und/oder ein Angebotsrisiko handeln kann. Das Betriebsrisiko gilt als vom Konzessionsnehmer getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb

<sup>58</sup> Ausführlich zur Bürgerinitiative sowie den Reaktionen der Kommission und dem Ausschluss aus der Konzessionsvergaberichtlinie *Sule* EuZW 2014, 725 ff.; siehe auch *Sudbrock* KommJur 2014, 41, 42; Erwägungsgrund 40 der KVR.

<sup>59</sup> Fn. 50, 51.

des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen, die Gegenstand der Konzession sind, wieder erwirtschaftet werden können. Der Teil des auf den Konzessionsnehmer übergegangenen Risikos umfasst es, den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt zu sein, so dass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht rein nominell oder vernachlässigbar sind.“

### *III. Abgrenzungen zwischen zulassender und verteilender Konzession*

Die beiden skizzierten Grundtypen der Konzession – die zulassende Konzession auf der einen Seite und die verteilende Konzession auf der anderen Seite – suggerieren eine Trennbarkeit, die erstens nach geltendem Recht nicht unbedingt notwendig und verwaltungswissenschaftlich unter Umständen gar nicht möglich ist. Stets erschwert die Kombination aus privater Aufgabenerledigung in Eigenverantwortung und den mit der Konzessionserteilung verfolgten Gemeinwohlbelangen, die von der öffentlichen Hand in der Regel näher konkretisiert werden, eine klare Einordnung dieser Handlungsform und eine eindeutige Zuordnung zur öffentlichen oder privaten Sphäre.<sup>60</sup> Regelmäßig liegen Dreiecksverhältnisse vor, und meist sind auch die Wirkungen der Konzessionen ähnlich.<sup>61</sup> So wird in beiden Fällen die öffentliche Hand, der Unternehmer (Bürger 1) und ein Endnutzer (Bürger 2) beteiligt, der in der Regel die vom Unternehmer erbrachte Leistung unmittelbar nachfragt, die wiederum von der öffentlichen Hand „veranlasst“ wurde. Ebenso wird in beiden Fällen versucht, die Wirtschaft zu lenken.<sup>62</sup> Gleichwohl seien vier Versuche für eine Abgrenzung wiedergegeben.

#### **1. Berechtigung und Verpflichtung bei der verteilenden Konzession**

Eine Abgrenzung der zulassenden Konzession von der verteilenden Konzession leisten die Merkmale der Berechtigung und Verpflichtung.<sup>63</sup> Während bei der Zulassung zu irgendeiner Tätigkeit berechtigt wird, wird bei der Konzession

<sup>60</sup> Vgl. *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 17. Aufl. 2011, 228; *Ruthig/Storr* (Fn. 49), § 67 Rn. 660.

<sup>61</sup> *Walz* (Fn. 55), 104; *Koenig* (Fn. 24), 169 ff.

<sup>62</sup> Zur Wirtschaftslenkung durch Konzession auch *Storr*, in: FS für Rolf Stober, 2008, 417, 420 f.

<sup>63</sup> Siehe dazu *Opitz NVwZ* 2014, 753, 757; *Walz* (Fn. 55), 106 a.E.; *Storr*, in: FS für Rolf Stober, 2008, 417, 426. Interessiert die wirtschaftliche Tätigkeit Wirtschaftsteilnehmer in anderen Mitgliedstaaten, sieht der EuGH zwischen Zulassung und Konzession keinen Unterschied für die Geltung der Grundregeln des Vertrags, EuGH NZBau 2014, 53 Rn. 33 (obiter dictum) – Belgacom.

sionierung zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit vertraglich berechtigt und verpflichtet, was sich schon aus der Begriffsbestimmung der Dienstleistungs- und Baukonzession in Art. 5 Nr. 1 Konzessionsvergaberichtlinie sowie deren Erwägungsgrund 14 ergibt. Erforderlich für eine verteilende Konzession ist ferner, dass die öffentliche Hand die Leistungserbringung des Unternehmers (unternehmerische Tätigkeit) im Hinblick auf das „Ob, Wie und Wann“ im Sinne einer Gemeinwohlbindung steuert, wobei ihr dabei ein gewisser Entscheidungsspielraum zukommt.<sup>64</sup>

Walz systematisiert zur Abgrenzung von zulassenden und verteilenden Konzessionen in ähnlicher Weise.<sup>65</sup> Zunächst sei die Zulassung grundsätzlich verbotener Tätigkeiten, auf die grundrechtlich kein Anspruch besteht (repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt), von der Zulassung grundsätzlich erlaubter Tätigkeiten, auf die ein Anspruch besteht (präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt), zu trennen. Übe die öffentliche Hand grundsätzlich verbotene Tätigkeiten selbst aus, könne sie sich hierzu auch, abhängig von der Gesetzeslage im jeweiligen Bereich, privater Konzessionsnehmer bedienen. Als Beispiel nennt er die fest in kommunaler Hand befindliche Daseinsvorsorge. Bei der Abfallbeseitigung etwa lasse § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG a.F. hierzu Raum (str.).<sup>66</sup> Walz macht somit die vertragliche „Verpflichtung des Privaten zur Leistungserbringung“ als den „vergaberechtlich relevanten Beschaffungsvorgang“ aus.<sup>67</sup> Ist die öffentliche Hand im Bereich der grundsätzlich verbotenen Tätigkeiten nicht selbst tätig, könne sie auch keine Aufgaben oder Tätigkeiten übertragen.<sup>68</sup> Hier stehe die Gefahrenabwehr im Vordergrund. Erhält somit ein Privater ausnahmsweise eine Zulassung, könne er sich im jeweiligen Bereich wirtschaftlich betätigen. Allerdings frage die öffentliche Hand hier keine Leistungen nach, sondern lasse schlicht ausnahmsweise eine eigenwirtschaftliche Betätigung des Bürgers zu. Als Beispiel nennt er die Zulassung zum Betrieb

<sup>64</sup> *Nettesheim* EWS 2007, 145, 148, 149.

<sup>65</sup> Walz (Fn. 55), 105 ff.

<sup>66</sup> § 22 KrWG als die entsprechende Vorschrift in der n.F. eröffnet hingegen nicht mehr die Möglichkeit, die Entsorgungspflicht mit befreiender Wirkung auf Dritte zu übertragen. Der beauftragte Dritte ist nur Verwaltungshelfer, eine Konzession liegt nicht vor, vgl. *Frenz*, in: *Fluck/Frenz/Fischer/Franßen* (Hg.), *KrWR, AbfR und BodSchR*, Stand: 108. EL 2012, § 22 KrWG Rn. 23; *Dippel*, in: *Giesberts/Reinhardt, BeckOK UmweltR*, Stand: 33. Ed. (1.10.2015), *KrWG* § 22 Rn. 13. Es handelt sich nicht um eine Dienstleistungskonzession, sondern um einen Dienstleistungsauftrag, siehe *Dippel* ebd., § 22 Rn. 23, mit den dortigen zahlreichen w.N.

Bei den im Bereich der Abwasserbeseitigung beauftragten Dritten (§ 18a Abs. 2 WHG a.F., § 56 WHG n.F. i.V.m. Landesrecht) handelt es sich sowohl nach altem als auch nach neuem Recht nur um Verwaltungshelfer, vgl. *Schulz*, in: *Giesberts/Reinhardt, BeckOK UmweltR*, Stand: 33. Ed. (1.10.2014), *WHG* § 56 Rn. 22, nicht aber um Konzessionsnehmer.

<sup>67</sup> Walz (Fn. 55), 106 a.E.

<sup>68</sup> Walz (Fn. 55), 107.



einer Spielbank.<sup>69</sup> Hier werde deutlich, dass gegenüber der öffentlichen Hand keine vertragliche Pflicht zum Tätigwerden bestehe, sondern nur ein hoheitliches Verhältnis (Zulassung).<sup>70</sup>

## 2. Verteilende Konzession als Beschaffungsvorgang

Eine weitere Abgrenzung zur zulassenden Konzession, aber auch zu anderen Agenden der Verwaltung, leistet der Zusammenhang ihres Charakters als Beschaffungsvorgang. Während mit der Zulassung eine bloße Gestattung erfolgt, deckt die öffentliche Hand bei der Konzessionsvergabe einen Bedarf an Bau- oder Dienstleistungen, gleichviel, ob sie einen „eigenen“ Bedarf hat oder Leistungen unmittelbar für die Allgemeinheit erbringt.<sup>71</sup> Dies stellt Art. 1 Abs. 1 Konzessionsvergaberichtlinie für ihren Anwendungsbereich deutlich heraus (Hervorhebung nur hier): „Diese Richtlinie enthält Bestimmungen für die Verfahren von öffentlichen Auftraggebern und Auftraggebern zur *Beschaffung* im Wege von Konzessionen [...]“.

## 3. Einordnung der verteilenden Konzession in Privatisierungsformen

Die Beschaffung mittels verteilender Konzessionen erfolgt nicht durch die öffentliche Hand selbst, sie stellt ihre benötigten Bauwerke nicht selbst her, leistet die benötigten Dienste nicht selbst. Vielmehr bedient sie sich Privater, um diese Aufgaben zu erfüllen. So besteht zwar Einigkeit, dass der Abschluss von Dienstleistungskonzessionen einen Privatisierungsvorgang darstellt.<sup>72</sup> Die konkrete Einordnung auf der Skala der Privatisierung, beginnend mit der bloß formellen Privatisierung (Organisationsprivatisierung) über die funktionale Privatisierung (Verwaltungshelfer, Erfüllungsprivatisierung, PPP) bis hin zur materiellen Privatisierung (Aufgabenprivatisierung) ist weniger eindeutig.<sup>73</sup>

Vor diesem Hintergrund ließe sich annehmen, Konzessionen stellten eine funktionale Privatisierung (Erfüllungsprivatisierung) dar, weil die eigentliche Aufgabenverantwortung bei der öffentlichen Hand verbleibe und der Private nur zur Aufgabenerfüllung aktiviert werde.<sup>74</sup> Wenn zum Beispiel eine Ge-

<sup>69</sup> Ebenso Koenig (Fn. 24), 105; Manssen (Fn. 24), Art. 12 Rn. 161.

<sup>70</sup> Walz (Fn. 55), 111 f.

<sup>71</sup> OLG München NZBau 2011, 380; Opitz NVwZ 2014, 753, 756.

<sup>72</sup> Statt vieler Burgi NZBau 2005, 610, 610 f.; Nettesheim EWS 2007, 145, 145, 146, 147; Schmidt-Aßmann, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 7, 32; Storr, in: FS für Rolf Stober, 2008, 417, 422 f.

<sup>73</sup> Vgl. zur üblichen Einteilung der Privatisierungsgrade statt vieler Ziekow (Fn. 49), § 8 Rn. 11 f.; Kirchhof, in: Maunz/Dürig, GG, Stand. 72. EL (Juli 2014), Art. 83 Rn. 100 f., 108 ff.

<sup>74</sup> Gröpl, in: Maunz/Dürig, GG, Stand. 72. EL (Juli 2014), Art. 90 Rn. 79 ff.; Theobald

meinde nach § 46 EnWG einem Privaten das Recht und die Pflicht übertrage, ein Energieversorgungsnetz zu errichten und zu betreiben,<sup>75</sup> erbringe dieser die Leistung gegenüber der Gesellschaft (Bürger oder Energieversorgungsunternehmen) auf eigene Rechnung.<sup>76</sup>

Andererseits besteht der Unterschied zwischen der verteilenden Konzession und der funktionalen Privatisierung (Verwaltungshelfer) darin, dass bei letzterer die öffentliche Hand die Verantwortung zur Aufgabenerfüllung behält und der Verwaltungshelfer nur für den Betrieb oder die Betriebsführung zuständig ist.<sup>77</sup> Bei der verteilenden Konzession erbringt der konzessionierte Unternehmer seine Leistungen hingegen eigenverantwortlich, nicht als Verwaltungshelfer und im eigenen Namen gegenüber den Letztverbrauchern.<sup>78</sup> Daher liegt keine idealtypische funktionale Privatisierung vor.

Mit Blick auf eine Abgrenzung zu einer materiellen Privatisierung ist zu beachten, dass die öffentliche Hand für die Zeit der Konzessionierung widerruflich von ihrer Aufgabe und deren Erfüllung frei ist, weil sie diese für die Laufzeit der Konzession an den privaten Unternehmer übertragen hat, was die Konzession zur materiellen Privatisierung rückt.<sup>79</sup> Andererseits macht die öffentliche Hand im Konzessionsvertrag, in der Regel spezialgesetzlich bestimmt, detaillierte Vorgaben zu den Erfüllungsmodalitäten („Ob, Wie, Wann“) und behält so gewissermaßen eine Steuerungs- oder Gewährleistungsverantwortung.<sup>80</sup> Somit liegt ebenfalls keine wirkliche materielle Privatisierung vor, allenfalls ließe sich von einer bedingten oder temporären sprechen. Da die Privatisierungsmodelle keine Rechtsinstitute darstellen, sie sich aus dem Gesetz und den gesetzlichen Grenzen ergeben müssen,<sup>81</sup> sowie nur graduelle Einteilungen nach Idealtypen sind, ist die Verortung der Konzession zwischen funktionaler und materieller Privatisierung vorzunehmen.<sup>82</sup>

Letztlich ist nach diesen Ausführungen die Abgrenzung zur Konzession als Zulassung geleistet. Sie hat nämlich keine Bezüge zur Privatisierung, sondern setzt als Zulassung, insbesondere im gewerblichen Bereich, „unternehmerische

DÖV 2009, 356, 358; *Greb/Wegner* (Fn. 1), Rn. 10; wohl auch *Storr*, in: FS für Rolf Stober, 2008, 417, 422 f., der eine funktionale Privatisierung erblickt.

<sup>75</sup> *Greb/Wegner* (Fn. 1), Rn. 10.

<sup>76</sup> *Byok/Dierkes RdE* 2011, 126 ff.; *Greb/Wegner* (Fn. 1), Rn. 10.

<sup>77</sup> *Burgi NZBau* 2005, 610, 610; *Nettesheim EWS* 2007, 145, 146; *Ganske*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand: 74. EL (November 2014), § 56 WHG Rn. 41, für die Abwasserkonzession.

<sup>78</sup> Vgl. *Ganske* (Fn. 77), § 56 WHG Rn. 41, für Abwasserkonzessionen; *Nettesheim EWS* 2007, 145, 148.

<sup>79</sup> Vgl. *Burgi NZBau* 2005, 610, 610 f., 614.

<sup>80</sup> *Nettesheim EWS* 2007, 145, 146; *Burgi NZBau* 2005, 610, 611.

<sup>81</sup> Siehe nur *Storr*, in: FS für Rolf Stober, 2008, 417, 423.

<sup>82</sup> So zutreffend für die Abwasserkonzession *Ganske* (Fn. 77), § 56 WHG Rn. 41.

Freiheit“ frei.<sup>83</sup> Im nicht gewerblichen Bereich setzt sie private Betätigung allgemein frei, verpflichtet dazu aber gerade nicht.<sup>84</sup>

#### 4. Rechtsform und Rechtsnatur der verteilenden Konzession

Eine pauschale Einordnung der Rechtsform der verteilenden Konzession in das Spektrum des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts verbietet sich angesichts der verschiedenen Bereiche, in denen sie auftauchen. Insofern ist nur klarstellend darauf hinzuweisen, dass die Rechtsnatur nichts über die Bindung an das öffentliche Recht aussagt. Die Verwaltung ist stets an das öffentliche Recht gebunden, gleichviel, ob ihr Handeln den Tatbestand öffentlich-rechtlicher Normen oder privatrechtlicher Normen erfüllt.<sup>85</sup> Außerdem hat die Frage nach der Rechtsnatur der Konzession keine Bedeutung dafür, ob nach den unionsrechtlichen Vergaberichtlinien eine Konzession vorliegt oder nicht. Die Begriffsbestimmung in der Konzessionsvergaberichtlinie knüpft nicht an die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht an.

Möglich ist es deshalb, dass die Konzessionierung ebenso durch einen Verwaltungsakt wie durch einen öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Vertrag erfolgt.<sup>86</sup> Allerdings begreift die Vergabekoordinierungsrichtlinie in Art. 1 Abs. 4 die Dienstleistungskonzession als vertragliche Beauftragung, sodass das europarechtliche Verständnis einer Konzessionierung durch Verwaltungsakt entgegensteht.<sup>87</sup> Gleiches gilt nach der Konzessionsvergaberichtlinie, die gemäß Art. 1 Abs. 1 nur auf Konzessionen anwendbar ist, die wiederum in Art. 5 Abs. 1 Nr. 1 als vertragliche Beauftragungen bzw. Betrauungen beschrieben werden. Damit ist freilich über die Rechtsnatur als öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Vertrag noch nichts ausgesagt, beides ist bei der Dienstleistungskonzession möglich.<sup>88</sup>

Zu bedenken ist allerdings Folgendes: Wäre die Dienstleistungskonzession vom Kartellvergaberecht der §§ 97 ff. GWB erfasst, die privatrechtliches Wettbewerbsrecht darstellen, so wäre durch den Gesetzgeber eine Zuordnung sämtlicher verteilender Konzessionen zum Privatrecht erfolgt.<sup>89</sup> Da aber mit der neuen Konzessionsvergaberichtlinie auch Dienstleistungskonzessionen erfasst werden, wird der deutsche Gesetzgeber die §§ 97 ff. GWB in Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben auch auf Dienstleistungskonzessionen erstrecken müssen, was deren Zuordnung zum Zivilrecht bedingen würde. Andererseits

<sup>83</sup> *Nettesheim* EWS 2007, 145, 147.

<sup>84</sup> Siehe oben a).

<sup>85</sup> Vgl. die Fundamentalnormen des Art. 1 Abs. 3 GG, Art. 20 Abs. 3 GG.

<sup>86</sup> Vgl. *Nettesheim* EWS 2007, 145, 150.

<sup>87</sup> *Storr*, in: FS für Rolf Stober, 2008, 417, 426.

<sup>88</sup> *Burgi* NZBau 2005, 610, 614.

<sup>89</sup> So *Burgi* NZBau 2005, 610, 614.

setzt die öffentliche Hand private Kräfte durch die Dienstleistungs- und Baukonzession zur Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben ein, was sie in den Vertragsmodalitäten näher untermauert, wodurch sich wiederum der Gegenstand der Konzession genauso im öffentlich-rechtlichen Bereich der §§ 54 ff. VwVfG verorten ließe.<sup>90</sup>

## D. Beispiele für Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht

Nachfolgend seien einige Beispiele für Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht genannt, wobei zur energiewirtschaftlichen Konzession primär auf den Beitrag von *Martin Kment* in diesem Band hinzuweisen ist.

### I. Energie- und Trinkwasserbereich

Im Energie- und Wasserbereich folgt für die Gemeinde aus ihrer kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG die Verpflichtung, ihre Einwohner mit Energie und Wasser ausreichend zu versorgen (Daseinsvorsorge).<sup>91</sup> Notwendigerweise zählen auch die hierfür erforderlichen Netze dazu.<sup>92</sup> Um Netze errichten zu können, durch die die eigentliche Versorgung erbracht wird, müssen Flächen in Anspruch genommen werden, um darunter Leitungen zu verlegen.

#### 1. Energiebereich (Gas, Strom)

Daher trifft die Gemeinde gemäß § 46 Abs. 1, Abs. 2 EnWG die grundsätzliche Verpflichtung, diese Wegenutzung zu gestatten. Die Errichtung und den Betrieb der Netze muss die Gemeinde nicht selbst bewerkstelligen, sondern kann dafür Private einsetzen, was durch Konzession geschehen kann. Konkret überträgt die Gemeinde dem Privaten das Recht und die Pflicht, das Energieversorgungsnetz zu errichten und zu betreiben.<sup>93</sup> Dieser erbringt die Leistung gegenüber der Gesellschaft (Bürger oder Energieversorgungsunternehmen) auf eigene Rechnung.<sup>94</sup> Außerdem hat er als Gegenleistung für die Nutzung des Weges eine Konzessionsabgabe nach § 48 EnWG zu zahlen. Zu betonen ist, dass nur das Verlegen und der Betrieb Gegenstand des Wegenutzungsvertrags sind,

<sup>90</sup> Vgl. *Nettesheim* EWS 2007, 145, 150.

<sup>91</sup> BVerfG-K NJW 1990, 1783, 1783; BVerwG LKV 2005, 166, 168; BGHZ 163, 296, 302 – Arealnetz; § 50 Abs. 1 WHG (Wasserversorgung als Daseinsvorsorge).

<sup>92</sup> *Greb/Wegner* (Fn. 1), Rn. 8 f.

<sup>93</sup> *Greb/Wegner* (Fn. 1), Rn. 10.

<sup>94</sup> *Byok/Dierkes* RdE 2011, 126 ff.; *Greb/Wegner* (Fn. 1), Rn. 10.

nicht aber die Lieferung der eigentlichen Energie (Gas, Strom), spricht die Versorgung der Letztverbraucher,<sup>95</sup> anders bei der Wasserversorgung (b).

Die Wegenutzung im Energiebereich erfolgt gemäß § 46 EnWG durch „Vertrag“. Angesichts des Wortlauts kann als Rechtsform sowohl ein öffentlich-rechtlicher (§§ 54 ff. VwVfG) als auch ein privatrechtlicher Vertrag vorliegen. Hält man am Begriff der Daseinsvorsorge als typische öffentliche Aufgabe fest, ist aufgrund dieses Vertragsgegenstands die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Vertrags nicht fernliegend. Demgegenüber deuten die Besonderheiten des Wegenutzungsrechts in eine andere Richtung.

Die h.M. geht bei den Konzessionsverträgen als Wegenutzungsverträge im Energie- und Wasserbereich von privatrechtlichen Verträgen aus.<sup>96</sup> Die Gemeinde gewähre die Nutzung ihrer Wege gegen Entgelt aufgrund ihrer Stellung als Wegeeigentümer, nicht aber aufgrund ihrer Stellung als Hoheitsträger, im Wege einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung.<sup>97</sup> Außerdem sei aus § 8 Abs. 10 FStrG die zivilrechtliche Natur der Einräumung der Wegenutzung insgesamt zu folgern.<sup>98</sup> Nach dieser Vorschrift richtet sich die „Einräumung von Rechten zur Benutzung des Eigentums der Bundesfernstraßen [...] nach bürgerlichem Recht, wenn sie den Gemeingebruch nicht beeinträchtigt [...]“. Es handelt sich dabei um eine erlaubnisfreie Nutzung des Straßeneigentums, nicht um eine erlaubnispflichtige Sondernutzung.

## 2. Trinkwasserbereich

§ 50 Abs. 1 WHG legt die Wasserversorgung der Allgemeinheit (öffentliche Wasserversorgung) als Aufgabe der Daseinsvorsorge fest. Die Norm enthält gleichwohl keine ausdrückliche Bezugnahme zur Einschaltung Privater. Es obliegt daher den Ländern, die Wahlfreiheit der Gemeinden im Hinblick auf den Einsatz Privater näher zu konkretisieren.<sup>99</sup> Die Landeswassergesetze sind diesbezüglich jedoch sehr restriktiv und enthalten teilweise auch keine Er-

<sup>95</sup> Greb/Wegner (Fn. 1), Rn. 29 ff.; Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 46 Rn. 58.

<sup>96</sup> BGHZ 15, 113, 115 f. – Konzessionsabgaben der Elektrizitätsunternehmen; 132, 198, 201 – Konzessionsabgabe im vertragslosen Zustand; 138, 266, 274 – Straßenbedingte Änderung einer Trinkwasserleitung, auch m.w.N.; Tettinger DVBl. 1991, 786, 787 f.; Kermel, in: dies. (Hg.), Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, Kap. 2 Rn. 11 ff.; N. Huber (Fn. 1), § 46 Rn. 22; Theobald (Fn. 1), § 46 EnWG Rn. 25; Greb/Wegner (Fn. 1), Rn. 12; A.A. Zacher, Energiewirtschaftliche Konzessionsverträge, 1982, 192 ff.

<sup>97</sup> BGHZ 15, 113, 115 f. – Konzessionsabgaben der Elektrizitätsunternehmen.

<sup>98</sup> BGHZ 138, 266, 274 – Straßenbedingte Änderung einer Trinkwasserleitung; Kermel, in: dies. (Hg.), Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, Kap. 2 Rn. 11.

<sup>99</sup> Z.B. § 46 Abs. 1 S. 3 LWG (Rheinland-Pfalz).

währung Privater bei der Trinkwasserversorgung.<sup>100</sup> Dies ist nur verständlich, bedenkt man die sensibilisierte Öffentlichkeit bei der Trinkwasserversorgung („Right2Water“ und vergleichbare Initiativen auf Kommunalebene) und die ganz überwiegend unmittelbar in kommunaler Hand oder in kommunalen Eigengesellschaften (formelle Privatisierung) befindliche Trinkwasserversorgung.<sup>101</sup>

Dennoch hat die Gemeinde die Wahl zwischen der Eigenversorgung (A-Versorgung) und Fremdversorgung (B-Versorgung).<sup>102</sup> Bei der Trinkwasserversorgung der Gemeinde gilt eine weitere Besonderheit. Die Bereiche Netz, Gewinnung und Lieferung sind nicht wie im Energiesektor (Strom, Gas) getrennt.<sup>103</sup> Da auch hier für das Verlegen und Betreiben eines Versorgungsnetzes Wegenutzungsverträge erforderlich sind, das Netz, die Gewinnung und die Lieferung aber nicht getrennt sind, umfassen die Konzessionsverträge alle drei Elemente.<sup>104</sup> Diese Wegenutzungsverträge richten sich nicht nach § 46 EnWG.<sup>105</sup>

In beiden der erwähnten Versorgungsalternativen (A, B) sind gemäß § 117 i.V.m. § 48 Abs. 1 S. 1 EnWG vom Versorger, dem das Wegenutzungsrecht gewährt wurde, Konzessionsabgaben an die Gemeinde zu entrichten. Die bei der Fremdversorgung entrichteten Konzessionsabgaben sind in allen drei Bereichen von Strom, Gas und Wasser eine gewichtige Einnahmequelle für die Gemeinden.<sup>106</sup> § 48 Abs. 2 S. 1 EnWG ermächtigt die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates, durch Rechtsverordnung die Zulässigkeit und Bemessung der Konzessionsabgaben zu regeln, was in der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) geschah. § 48 Abs. 3 EnWG spricht von „in der vertraglich vereinbarten Höhe“, was den Streit um die Rechtsnatur der Einräumung des Wegerechts fortsetzt und sich damit bei der Frage der Rechtsnatur der Wasserkonzession insgesamt wiederfindet. Zutreffend handelt es sich um ein privatrechtliches Entgelt im Rahmen eines privatrechtlichen Vertrags (Konzessionsvertrag) als Gegenleistung für das Wegenutzungsrecht.<sup>107</sup>

<sup>100</sup> Z.B. Art. 31 BayWG.

<sup>101</sup> Köck ZUR 2015, 3, 8; Burgi, in: UTR 55 (2001), 101, 110, 113.

<sup>102</sup> Theobald (Fn. 1), § 48 EnWG Rn. 2.

<sup>103</sup> Christ, in: Kermel (Hg.), Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, Kap. 2 Rn. 190.

<sup>104</sup> Christ, in: Kermel (Hg.), Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, Kap. 2 Rn. 190.

<sup>105</sup> Christ, in: Kermel (Hg.), Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, Kap. 2 Rn. 191.

<sup>106</sup> Theobald (Fn. 1), § 48 EnWG Rn. 1.

<sup>107</sup> BT-Drs. 13/7274, 21; N. Huber (Fn. 1), § 48 Rn. 7; Theobald (Fn. 1), § 48 EnWG Rn. 21; Fn. 96.

### 3. Vergaberechtliche Einordnung

Die vergaberechtliche Einordnung der Konzessionsverträge im Energie- und Wasserbereich bereitet Schwierigkeiten und ist stark umstritten. Zunächst ist zwischen den Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG und solchen bei der Wasserversorgung zu differenzieren.

Bei den Wasserversorgungskonzessionen ist es überzeugend, eine Dienstleistungskonzession anzunehmen.<sup>108</sup> Somit ist nach alter Richtlinie das Vergaberecht nicht anwendbar, wohl aber die Anforderungen des Primärrechts.<sup>109</sup> Die Gemeinde räumt in ihrem Konzessionsvertrag dem Versorgungsunternehmen die Benutzung der Wege und die Belieferung der Letztverbraucher ein, wobei sich das Versorgungsunternehmen bei den Letztverbrauchern refinanzieren muss und damit das wirtschaftliche Risiko der Leistung trägt. Daran ändert sich dadurch nichts, dass die Gemeindeglieder kommunalrechtlich einem Anschluss- und Benutzungszwang unterliegen, weil das wirtschaftliche Risiko hierdurch nur abgemildert, hingegen nicht beseitigt ist.<sup>110</sup> Schließlich ist der Umfang der Inanspruchnahme des Wassers offen. Auch Zuzahlungen der Gemeinde an den Versorger belassen das Risiko bei diesem und stehen der Einordnung als Dienstleistungskonzession europarechtlich ausdrücklich nicht im Wege.<sup>111</sup> Weil im Konzessionsvertrag nicht nur der Netzbau und -betrieb, sondern auch die Versorgung mit Trinkwasser geregelt wird, beschafft sich die Gemeinde damit Leistungen der Daseinsvorsorge durch Private, weshalb ein Beschaffungsvorgang vorliegt, der der Dienstleistungskonzession eigen ist.<sup>112</sup> Die Qualifizierung der Konzession als Dienstleistung scheint gleichwohl nicht zwingend, wenn man das Verlegen des Netzes als bauliche Maßnahme einstuft. Jedenfalls aber liegt der Schwerpunkt des Vertrags in der Versorgung, die eine Dienstleistung darstellt.

Im Übrigen ergeben sich durch die neue Konzessionsvergaberichtlinie für die Trinkwasserversorgung keine Neuerungen.<sup>113</sup> Sie gilt gemäß Art. 12 Abs. 1 nicht für Konzessionen, die „die Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, dem Transport oder der Verteilung von Trinkwasser“ betreffen, ebenso wenig

<sup>108</sup> EuGH NZBau 2009, 729; *Prieß/Marx/Hölzl NVwZ* 2011, 65, 66 ff.; *Greb/Wegner* (Fn. 1), Rn. 47; *Sudbrock KommJur* 2014, 41, 42.

<sup>109</sup> *Prieß/Marx/Hölzl NVwZ* 2011, 65, 66 ff., dort auch zur Ausnahme der „In-House-Vergabe“ und der innerstaatlichen Zusammenarbeit; *Sudbrock KommJur* 2014, 41, 42; *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2011, 190, m.w.N.; zur europarechtlichen Lage bereits oben A. III. 1., 2.

<sup>110</sup> *Prieß/Marx/Hölzl NVwZ* 2011, 65, 67.

<sup>111</sup> Art. 5 Nr. 1 lit. a) Konzessionsvergaberichtlinie; OLG Jena, Beschl. v. 11.12.2009, 9 Verg 2/08 – WAZV Gotha; *Prieß/Marx/Hölzl NVwZ* 2011, 65, 66.

<sup>112</sup> Vgl. *Säcker/Mohr/Wolf* (Fn. 109), 190; *Prieß/Marx/Hölzl NVwZ* 2011, 65, 66 f.

<sup>113</sup> Siehe bereits oben A. III. 2.

für „die Einspeisung von Trinkwasser in diese Netze“. Daher bleibt es bei den primärrechtlichen Vergabeanforderungen, ohne dass die spezifischen Vergaberichtlinien einschlägig wären.

Für das Verlegen und den Betrieb von Energienetzen im Sinne von § 46 EnWG ist die bei der Wasserkonzession geschilderte Situation zunächst vergleichbar. Die Gemeinde gestattet dem Unternehmen, die Wege zu nutzen und sich ihrerseits bei Energieversorgungsunternehmen für die Bereitstellung des Netzes zu refinanzieren. Außerdem ist nach § 48 EnWG für die Gestattung der Nutzung eine Konzessionsabgabe zu zahlen. Daher ließe sich eine Dienstleistungskonzession folgern.<sup>114</sup> Dem steht aber in überzeugender Weise gegenüber, dass ein Wesensmerkmal der Dienstleistungskonzession der Beschaffungsvorgang ist, der aber gerade bei der bloßen Einräumung eines Wegenutzungsrechts zur Verlegung und zum Betrieb von Netzen nicht gegeben ist.<sup>115</sup> Anders als bei der Wasserkonzession wird nicht unmittelbar eine Leistung gegenüber der öffentlichen Hand bzw. der Allgemeinheit erbracht, sondern das verlegte und betriebene Netz den eigentlichen Versorgern zur Verfügung gestellt.<sup>116</sup> Die Wegenutzungsverträge als Konzessionsverträge im Sinne von § 46 EnWG sind keine Konzessionen im Sinne der Konzessionsvergaberichtlinie.

## II. Abwasserbeseitigung

Abwasser ist so zu beseitigen, dass das Wohl der Allgemeinheit nicht beeinträchtigt wird, wozu auch eine dezentrale Abwasserbeseitigung von häuslichem Abwasser genügen kann.<sup>117</sup> Gemäß § 56 S. 1 WHG sind die juristischen Personen des öffentlichen Rechts zur Abwasserbeseitigung verpflichtet, was sich nach Landesrecht auf die Gemeinden konzentriert.<sup>118</sup> § 56 S. 3 WHG lässt es zu, dass die Beseitigungsverpflichteten sich zur Durchführung dieser Pflicht Dritter, d.h. auch privater Dritter, bedienen können, was sich wiederum nach Landesrecht richtet.<sup>119</sup> Auch bei der Abwasserbeseitigung ist der restriktive Einsatz Privater zu beobachten.<sup>120</sup>

<sup>114</sup> Hellermann (Fn. 95), § 46 Rn. 66 f.; Säcker/Mohr/Wolf (Fn. 109), 67; Thomale/Kießling N&R 2008, 166, 169; offenlassend Greb/Wegner (Fn. 1), Rn. 47 ff.

<sup>115</sup> Herten-Koch, in: Kermel (Hg.), Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, Kap. 5 Rn. 86 ff.; N. Huber (Fn. 1), § 46 Rn. 67; zum Beschaffungscharakter auch oben A. III. 3. b).

<sup>116</sup> Vgl. Herten-Koch, in: Kermel (Hg.), Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, Kap. 5 Rn. 88; N. Huber (Fn. 1), § 46 Rn. 67.

<sup>117</sup> § 55 Abs. 1 WHG.

<sup>118</sup> Etwa Art. 34 Abs. 1 S. 1 BayWG.

<sup>119</sup> Z.B. § 52 Abs. 1 S. 3 LWG (Rheinland-Pfalz).

<sup>120</sup> Siehe oben bei der Wasserversorgung Fn. 101.



Der Einsatz Privater, sofern er doch praktiziert wird, ist anders gelagert als in den bisher beschriebenen Fällen. Gemäß § 56 S. 1 WHG können sich die zur Abwasserbeseitigung Verpflichteten zur Erfüllung dieser Pflicht privater Dritter bedienen. Daraus folgt, dass die Verantwortung bei der Gemeinde verbleibt und sich die Rolle der Privaten als Verwaltungshelfer (Erfüllungshilfe) als Form der funktionalen Privatisierung erschöpft.<sup>121</sup> Die Gemeinde wird also für den Zeitraum der Betrauung des Privaten nicht von ihrer Aufgabenerfüllungspflicht frei. Dies bestätigt ferner ein Vergleich mit der Vorgängerregelung des § 18a Abs. 2a WHG, der die Übertragung der Beseitigungspflicht ermöglichte.<sup>122</sup>

Sofern sich die Gemeinde dennoch für den Einsatz Privater entscheidet, ist es höchst strittig, ob eine Dienstleistungskonzession vorliegt und diese auch zulässig ist.<sup>123</sup> So setzt die Gemeinde vertraglich private Unternehmer ein, um ihren Bedarf und ihre Verpflichtung zur Abwasserbeseitigung zu decken. Entscheidendes Merkmal, um diesen Beschaffungsvorgang von einem Auftrag abzugrenzen und eine Dienstleistungskonzession anzunehmen, ist das Entgelt, das das Unternehmen erhält.<sup>124</sup> Bei einem Auftrag würde die Gemeinde den Unternehmer unmittelbar entlohnen. Bei einer Konzession hingegen würde der Unternehmer von der Gemeinde kein Entgelt erhalten, sondern das Recht und zugleich das Risiko, sich bei den Endverbrauchern zu refinanzieren. Gerade der letzte Punkt wird bei der Abwasserbeseitigung angegriffen.<sup>125</sup> Zentral ist, dass nach den Vorschriften keine Befreiung von der Verpflichtung der Gemeinde, sondern nur ein Einsatz Privater zur Erfüllung dieser Verpflichtung möglich ist. Daraus folgt, dass der private Unternehmer gerade keine Gebühren und Entgelte gegenüber den Endverbrauchern erheben kann, weil nicht er, sondern die Gemeinde ihrer Pflicht zur Abwasserbeseitigung gegenüber den Bürgern nachkommt. Der Erhalt von Entgelt durch die Bürger ist aber gerade Voraussetzung für die Annahme einer Dienstleistungskonzession. Dennoch Dienstleistungskonzessionen zu vereinbaren, würde gegen § 56 WHG verstoßen.

Die Brisanz der Einordnung des seitens der Gemeinde praktizierten Modells ist auch nach Erlass der neuen Konzessionsvergaberichtlinie dieselbe. Sie schließt für die Abwasserbeseitigung ihre Anwendbarkeit grundsätzlich ge-

<sup>121</sup> Köck ZUR 2015, 3, 8.

<sup>122</sup> Köck ZUR 2015, 3, 8.

<sup>123</sup> Dafür etwa Brünig NVwZ 2012, 216, insb. 217; Köck ZUR 2015, 3, 5 u. 8, ohne Begründung.

<sup>124</sup> Ausführlich oben A. III. 1., 2.

<sup>125</sup> OLG Brandenburg, Beschl. v. 28.08.2012, Verg W 19/11, Ls. 3 (juris); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.10.2011, VII-Verg 51/11, Verg 51/11 – Abfallentsorgungskonzession, Rn. 38 (juris), in einem obiter dictum; der Rspr. zustimmend Fenzel/Pencereci LKV 2012, 549, 550 f.; ausführlich zum Streit und tendenziell in Richtung Unzulässigkeit Ganske (Fn. 77), § 56 WHG Rn. 40 ff.; siehe auch oben Fn. 66. A.A. OLG Jena, Beschl. v. 11.12.2009, 9 Verg 2/08 – WAZV Gotha, insb. Ls. 3 (juris); Brünig NVwZ 2012, 216, 216.

maß Art. 12 Abs. 2 lit. b) Konzessionsvergaberichtlinie aus. Daher gilt nur das Primärrecht und die daraus abgeleiteten Vergabe-Grundsätze („Vergaberecht light“). Auch nach alter Lage war das Vergaberecht auf Dienstleistungskonzessionen nicht anwendbar. Kommt man hingegen zu dem Schluss, dass Dienstleistungskonzessionen unzulässig sind und in Wahrheit Dienstleistungsaufträge vorliegen, so wären die „Modelle“ nach alter und neuer Richtlinie ausschreibungspflichtig. Es darf aber nicht übersehen werden, dass sich der Großteil der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung unmittelbar in kommunaler Hand befindet, sei es in Form von Regiebetrieben, Eigenbetrieben oder in Eingengesellschaften.<sup>126</sup> Daher könnten schon die Grundsätze der In-House-Vergabe eine Ausschreibung entbehrlich machen.<sup>127</sup>

Wegen des privatrechtlichen Charakters der Entsorgungsleistungen, insb. wegen deren dienst- und werkvertraglichen Elementen, sind die Verträge zur Abwasserbeseitigung durch Dritte dem Privatrecht zuzuordnen.

### III. Abfallentsorgung

Gemäß § 22 S. 1, S. 2 KrWG können die zur Verwertung und Beseitigung Verpflichteten Dritte mit der Erfüllung dieser Pflichten beauftragen. Dabei entfällt die Verantwortlichkeit der Verpflichteten solange nicht, bis die Entsorgung endgültig ordnungsgemäß abgeschlossen ist. Die zur Entsorgung Verpflichteten sind etwa die Gemeinden, vgl. § 20 KrWG.

Mit Blick auf die hier interessierenden Dienstleistungskonzessionen stellt sich die Frage, ob die Beauftragung Dritter auch auf diese Weise erfolgen kann. Hier hat sich angesichts des mit § 56 WHG übereinstimmenden Wortlauts derselbe Streit entfacht, sodass nach oben verwiesen werden kann.<sup>128</sup> Ein ergänzendes Argument, das gegen den Einsatz von Dienstleistungskonzessionen spricht, wäre der Vergleich mit der Vorgängerregelung. § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG entsprach dem heutigen § 22 KrWG. Allerdings ließ § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG die Übertragung der Pflicht zur Entsorgung auf Dritte ausdrücklich zu. Heute spricht § 22 KrWG nur noch davon, dass sich die Entsorgungsverpflichteten zur Erfüllung dieser Pflicht Dritter bedienen können, ohne dass sie ihre Pflicht übertragen könnten.<sup>129</sup>

Anders als bei der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung wäre gleichwohl eine Dienstleistungskonzession nicht von der Konzessionsvergaberichtlinie ausgeschlossen, sodass für die Kommunen mit einer Dienstleistungskon-

<sup>126</sup> Fn. 101.

<sup>127</sup> Siehe zu den „In-House-Vergaben“ nur Ziekow (Fn. 49), § 9 Rn. 23 ff.; oben Fn. 109.

<sup>128</sup> Siehe oben B. II. 2.; siehe zu Abfallkonzessionen auch Teufel KommJur 2012, 87.

<sup>129</sup> Vgl. Häberle, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetz, Stand: 200. EL (Oktober 2014), § 22 KrWG Rn. 1 f.

zession nicht wie nach der alten Rechtslage die „Vergaberechtfreiheit gewonnen wäre“.

Die Rechtsnatur der Beauftragung Dritter zur Entsorgung ist in der Regel privatrechtlicher Natur, wobei ausnahmsweise auch ein öffentlich-rechtlicher Vertrag möglich ist, wenn er etwa die selbständige Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungspflicht zum Gegenstand hat.<sup>130</sup>

#### IV. Fernstraßenbau

Ein Konzessionsmodell im Bereich des Straßenverkehrs liefert das Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FStrPrivFinG).<sup>131</sup> Nach § 1 FStrPrivFinG kann privaten Unternehmen der Neu- und Ausbau von Bundesfernstraßen zur Ausführung übertragen werden, während sie sich gleichzeitig durch Mautgebühren bei den Nutzern der Bundesfernstraßen refinanzieren können. Mautgebühren sind gemäß § 1 Abs. 5 FStrPrivFinG öffentlich-rechtliche Gebühren (Gebühren) oder privatrechtliche Entgelte (Entgelte). Es handelt sich um ein sogenanntes Betreibermodell, bei dem die öffentlichen Haushalte dauerhaft entlastet werden können, weil nur der Betreiber beim Bau und dem Betrieb der Straße sowie der Straßennutzer belastet werden.<sup>132</sup> Das Gesetz verhält sich gleichwohl nicht explizit dazu, wer die Aufgabe des Fernstraßenbaus überträgt, noch dass diese Übertragung durch einen Konzessionsvertrag zu erfolgen hat.<sup>133</sup> Allerdings findet die Konzession als „Konzessionsvertrag“ und „Konzessionslaufzeit“ in § 3 Abs. 3–5 FStrPrivFinG Erwähnung, der sich mit den Mautgebühren befasst. Im Übrigen ging der Gesetzgeber des 1994 erstmals in Kraft getretenen FStrPrivFinG von einer Übertragung durch Konzessionsvertrag oder einen ähnlichen Akt aus.<sup>134</sup> Bei dem vorliegenden Ausbau liegt eine Baukonzession vor, weshalb das einschlägige Vergaberecht zu beachten ist.<sup>135</sup> Ob dieser Baukonzessionsvertrag privatrechtlicher Art (Werkvertrag) oder öffentlich-rechtlicher Art (§§ 54 ff. LVwVfG), ist strittig.<sup>136</sup> Mit Blick auf den speziellen Vertragsgegenstand liegt ein öffentlich-rechtlicher Vertrag näher,<sup>137</sup> so auch die genannte Meinung.

<sup>130</sup> Dippel (Fn. 66), § 22 Rn. 3 ff.

<sup>131</sup> Gesetz über den Bau und die Finanzierung von Bundesfernstraßen durch Private, BGBl. 2006 I, 49. Siehe ebenfalls Schreiben betr. Public-Private-Partnerships (PPP) im Bundesfernstraßenbau [...] vom 3. Februar 2005, BStBl. 2005 I, 414 (BMF IV A 5 – S 7199 – 15/05), dort auch zu den möglichen Modellen und deren umsatzsteuerrechtlichen Beurteilung.

<sup>132</sup> Uechtritz VBIBW 2002, 317, 317.

<sup>133</sup> Vgl. schon Uechtritz VBIBW 2002, 317, 318.

<sup>134</sup> BT-Drs. 12/6884, 5; Uechtritz VBIBW 2002, 317, 318.

<sup>135</sup> Schmitt, Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung von Bundesfernstraßen durch Private nach dem FStrPrivFinG, 1999, 134 f.; Reidt/Stickler BauR 1997, 241, 246; Reidt NordÖR 1999, 435, 436; Uechtritz VBIBW 2002, 317, 318; siehe oben A. III. 1., 2.

<sup>136</sup> Schmitt (Fn. 135), 132 ff.; Uechtritz VBIBW 2002, 317, 318.

<sup>137</sup> Ebenso die in Fn. 136 genannte Literatur.

Was die Verbandskompetenz zum Vollzug des Gesetzes betrifft, so liegt gemäß Art. 90 Abs. 2 GG für Bundesautobahnen und -fernstraßen grundsätzlich Auftragsverwaltung (Art. 85 GG) durch die Länder vor.<sup>138</sup> Insbesondere zur Belohnung zur Mautgebührenerhebung (öffentlich-rechtliche Gebühren) und mit den im Straßenbau verbundenen Befugnissen, z.B. Verkehrszeichen, werden die Landesregierungen nach § 2 Abs. 1 FStrPrivFinG ermächtigt. Weitere Details, etwa zur Mautgebührenberechnung, zum Datenschutz, zu Schuldnern und zur Entrichtung der Maut, sind den weiteren Vorschriften des FStrPrivFinG zu entnehmen.

Die Konzessionsmodelle im Fernstraßenwesen scheinen nicht vollständig etabliert zu sein und wurden nicht allzu häufig gebraucht, weshalb die entsprechenden Aufgaben künftig wieder durch konventionelle Vergabe erledigt werden sollen.<sup>139</sup>

## V. Öffentlicher Personennahverkehr (ÖPNV)

Gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 PBefG bedarf die Beförderung von Personen mit Straßenbahnen, Omnibussen und KfZ im Linien- und Gelegenheitsverkehr der Genehmigung. Sie wird unter den Voraussetzungen des § 13 PBefG auf Initiative des Unternehmers durch den Aufgabenträger gewährt.<sup>140</sup>

Gelangt der Aufgabenträger zu der Überzeugung, dass keine eigenwirtschaftliche<sup>141</sup> Versorgung gewährleistet ist, so kann er gemäß § 8a Abs. 1 S. 1, S. 2 PBefG i.V.m. VO 1370/2007<sup>142</sup> allgemeine Vorschriften erlassen, die Ausgleichszahlungen ermöglichen oder Dienstleistungsaufträge ggf. mit Ausgleichszahlungen erteilen. Hier geht die Initiative vom Aufgabenträger aus.<sup>143</sup> Liegt bei dem Dienstleistungsauftrag ein Auftrag vor, ist die VO 1370/2007 gemäß Art. 5 Abs. 1 nicht anwendbar, sondern ausschließlich RL 2004/17/EG<sup>144</sup>

<sup>138</sup> Schmitt (Fn. 135), 136; Uechtritz VBIBW 2002, 317, 318.

<sup>139</sup> Vgl. Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, Öffentlich-Private Partnerschaften – Am Beispiel des Bundesfernstraßenbaus, 2011, 31; Kupjetz/Estekharzadeh NZBau 2013, 142, 145 a.E.

<sup>140</sup> BVerwG NVwZ 2007, 330, 332 Rn. 35.

<sup>141</sup> Keine Deckung des Aufwands aus Beförderungserlösen, Ausgleichszahlungen usw., siehe § 8 Abs. 4 PBefG.

<sup>142</sup> Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABl. 2007 L 315, 1.

<sup>143</sup> BVerwG NVwZ 2007, 330, 332 Rn. 35; Ziekow NVwZ 2009, 865, 865.

<sup>144</sup> Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. 2004 L 134, 1.

und 2004/18/EG<sup>145</sup>. Liegt eine Dienstleistungskonzession vor, gilt gemäß Art. 5 Abs. 1 VO 1370/2007 nur diese. In der Regel werden Dienstleistungskonzessionen dann gegeben sein, wenn der Zuschuss des staatlichen Aufgabenträgers deutlich geringer ist als die am Markt erzielten Einnahmen.<sup>146</sup> Insgesamt wird die Relevanz von Dienstleistungskonzessionen im ÖPNV als gering angesehen, da dieser Verkehr stets defizitär arbeitet und somit wegen der damit verbundenen staatlichen Bezuschussung nie ein wirkliches Risiko für den Unternehmer vorliegt.<sup>147</sup>

Anzumerken ist schließlich, dass die neue Konzessionsvergaberichtlinie gemäß Art. 10 Abs. 3 ausdrücklich nicht für Dienstleistungskonzessionen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs im Sinne der VO 1370/2007 gilt.

## VI. Rettungsdienst

Im Bereich des Rettungsdienstes sind zwei Modelle zu unterscheiden. Im Rahmen des sogenannten Submissionsmodells beauftragt der Träger des Rettungsdienstes den Rettungsdienst und der Rettungsdienst erhält vom Rettungsdienststräger seine Vergütung, der wiederum beim Patienten oder der gesetzlichen Krankenversicherung Regress nimmt.<sup>148</sup> Andererseits besteht das sogenannte Konzessionsmodell, bei welchem der Rettungsdienst sein Entgelt nicht vom Rettungsdienststräger erhält, sondern direkt vom Patienten oder dessen gesetzlicher Krankenversicherung. Die Höhe des Entgelts wird zwischen den Sozialversicherungsträgern und den Durchführenden des Rettungsdienstes oder ihren Landesverbänden vereinbart.<sup>149</sup>

Beim Submissionsmodell liegt ein öffentlicher Auftrag vor und keine Konzession, da der Rettungsdienst sein Entgelt unmittelbar von der öffentlichen Hand (Träger des Rettungsdienstes) erhält.<sup>150</sup> Insofern ist ab Erreichen des Schwellenwerts ein Vergabeverfahren durchzuführen.

Demgegenüber war die Lage beim Konzessionsmodell, trotz seines Namens, nicht eindeutig. Zwar bekommt der Dienstleister sein Entgelt vom Bürger und nicht von der öffentlichen Hand, was für eine Konzession spricht. Jedoch trägt der Rettungsdienst das wirtschaftliche Risiko, das zentrale Merkmal der Dienstleistungskonzession, nicht ganz überwiegend, weil eine Erstattung durch die Krankenkassen gegeben ist und die öffentlichen Sozialversicherungs-

<sup>145</sup> Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. 2004 L 134, 114.

<sup>146</sup> OLG Karlsruhe NVwZ-RR 2007, 27; *Nettesheim* NVwZ 2009, 1449, 1451.

<sup>147</sup> *Theobald/Kafka* NZBau 2002, 603, 604; *Thieme/Schlüter* NVwZ 2004, 162, 164.

<sup>148</sup> Z.B. §§ 14, 15 RettG NRW; *Ruthig/Zimmermann* NZBau 2009, 485, 485.

<sup>149</sup> Z.B. Art. 34 BayRDG; *Ruthig/Zimmermann* NZBau 2009, 485, 485.

<sup>150</sup> BGH NZBau 2009, 201; *Ruthig/Zimmermann* NZBau 2009, 485, 485.

träger die Höhe der Entgelte vereinbaren sowie dem Rettungsdienst quasi ein Gebietsmonopol zusteht.<sup>151</sup> Mittlerweise hat aber der EuGH die Frage geklärt und eine Dienstleistungskonzession festgestellt.<sup>152</sup> Er sieht es erstens als entscheidend an, dass die Vergütung für den Rettungsdienst von einer anderen Person als dem öffentlichen Auftraggeber kommt. Zweitens ist zwar das wirtschaftliche Risiko begrenzt, jedoch verbleibt wegen der fehlenden Gewähr der Deckung der Kosten ein Betriebsrisiko, wenn auch ein stark eingeschränktes.

Unter Geltung der neuen Konzessionsvergaberichtlinie ist Folgendes zu beachten. Der Einsatz von Krankenwagen zum Patiententransport unterfällt stets der Richtlinie, vgl. Art. 10 Abs. 8 lit. g) KVR. Davon abweichend fallen Rettungsdienste gemäß Art. 10 Abs. 8 lit. g) KVR nicht unter die Richtlinie, wenn sie einer der dort genannten CPV<sup>153</sup>-Nummern entsprechen.

## VII. Fernwärme

Eine Besonderheit gilt schließlich für Fernwärme. Auffallend ist insoweit schon, dass es keinen rechtlich feststehenden Begriff der Fernwärme gibt. Insbesondere gibt es kein Gesetz, das sich gegenständlich primär der Fernwärme widmet. Doch auch dem EnWG unterfällt die Lieferung mit Fernwärme nicht.<sup>154</sup> Immerhin ist das Verhältnis zwischen dem Fernwärmeversorgungsunternehmen (FVU) und dem Empfänger Gegenstand der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV),<sup>155</sup> welche insoweit die AGB-Vorschriften des BGB verdrängt.

Das Verhältnis zwischen dem FVU und der Gemeinde betrifft das Verlegen und den Betrieb der Fernwärmeleitungen (Netz) einschließlich der Versorgung der Letztverbraucher mittels dieses Netzes. Ebenso wie in den Bereichen Gas, Elektrizität, Wasser usw. handelt es sich um eine leitungsgebundene Versorgung. Somit müssen gemeindliche Grundstücke in Anspruch genommen werden, um Leitungen zu verlegen. Dies gestattet die Gemeinde dem FVU im Wege eines sogenannten Gestattungsvertrags, wofür auch die Bezeichnung als Wegenutzungs- oder Konzessionsvertrag üblich ist.<sup>156</sup> Insofern ist die Ausgangslage dieselbe wie bei Gas und Elektrizität im Rahmen von § 46 EnWG sowie bei

<sup>151</sup> So *Ruthig/Zimmermann* NZBau 2009, 485, 488 f.

<sup>152</sup> EuGH, Rs. C-274/09 (Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler), Slg. 2011, I-1335, Ls.; *Braun* NZBau 2011, 400.

<sup>153</sup> Common Procurement Vocabulary (Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge).

<sup>154</sup> Überblick zu gesetzlichen Grundlagen bei *Topp*, in: *Danner/Theobald*, Energierecht, Stand: 83. EL (Jan. 2015), 76. Fernwärmerecht Rn. 2.

<sup>155</sup> BGBl I 1980, 742.

<sup>156</sup> *Morell*, in: *PdK Bund D 1 c*, Erster Teil V. a), Stand: Okt. 2014; *Topp*, in: *Danner/Theobald*, Energierecht, Stand: 83. EL (Jan. 2015), 76. Fernwärmerecht Rn. 64 ff.

Wasser. Gleichwohl ist Fernwärme kein Regelungsgegenstand des EnWG. Gemäß § 1 Abs. 1 EnWG gilt das Gesetz nur für die leitungsgebundene Versorgung mit Elektrizität und Gas. Daran ändert es auch nichts, dass Fernwärme wie Gas und Strom leitungsgebunden ist.<sup>157</sup> Im Ergebnis gibt es für den erwähnten Konzessionsvertrag keine speziellen gesetzlichen Grundlagen.<sup>158</sup>

In der Praxis umfasst der Konzessionsvertrag im Wesentlichen die Gestattung zur Nutzung gemeindlicher öffentlicher Verkehrsflächen und die Gestattung, Verbraucher an das Fernwärmenetz anzuschließen und zu versorgen.<sup>159</sup> Somit ist Gegenstand des Konzessionsvertrags nicht wie bei Gas und Elektrizität nur das Verlegen und Betreiben des Netzes, sondern wie bei Wasser auch die Versorgung über das Netz.

Angesichts der fehlenden Normierung des Verhältnisses FVU–Gemeinde und der Ähnlichkeit mit den Verträgen aus dem Gas-, Elektrizitäts- und Wasserbereich liegt ein privatrechtlicher Vertrag vor. Konzessionsabgaben sind gesetzlich nicht vorgesehen, sodass ihre Erhebung der vertraglichen Gestaltung zwischen FVU und Gemeinde unterliegt, was in der Praxis in der Regel durch Verweis auf das Regelwerk zu den Konzessionsabgaben geschieht.<sup>160</sup> Die Konzessionsabgabenverordnung (KAV) gilt gleichwohl nicht.<sup>161</sup>

Ob der zwischen dem FVU und der Gemeinde geschlossene „Konzessionsvertrag“ eine verteilende Konzession im unionsrechtlichen Sinne regelt, ist strittig, vergleichbar jener Diskussion bei Gas-, Elektrizitäts- und Wasserkonzessionsverträgen. Sofern es sich um eine solche handelt, geht die Konzessionsrichtlinie ausdrücklich für den Bereich der Wärme von ihrer Geltung aus.<sup>162</sup> Da die Konzessionsrichtlinie als Teil des Vergaberechts die Beschaffung der öffentlichen Hand reglementiert, muss es sich bei den Konzessionsverträgen über Fernwärme um eine Beschaffung durch die Gemeinde handeln, wofür anstatt der Zahlung eines Entgelts dem FVU das Recht eingeräumt wird, sich gegenüber den Verbrauchern zu refinanzieren.<sup>163</sup> Gerade an der Beschaffung bestehen Zweifel. Denn die Gemeinde beschafft sich keine Leistungen, sondern gestattet dem FVU nur, Leitungen zu verlegen und mit den Verbrauchern Verträge zu schließen.<sup>164</sup> Dagegen lässt sich freilich vorbringen, dass es Aufgabe der Ge-

<sup>157</sup> *Hellermann/Hermes*, in: *Britz/Hellermann/Hermes*, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 1 Rn. 19; *Danner*, in: *Danner/Theobald*, *Energierrecht*, Stand: 83. EL (Jan. 2015), Einführung Rn. 122.

<sup>158</sup> *Topp*, in: *Danner/Theobald*, *Energierrecht*, Stand: 83. EL (Jan. 2015), 76. Fernwärmericht Rn. 1.

<sup>159</sup> Siehe den Beispielsvertrag bei *Morell*, in: *PdK Bund D 1 c*, Erster Teil, Anhang 4, Stand: Okt. 2014.

<sup>160</sup> *Theobald/Templin*, in: *Danner/Theobald*, *Energierrecht*, Stand: 83. EL (Jan. 2015), § 1 KAV Rn. 83.

<sup>161</sup> Siehe auch Fn. 160.

<sup>162</sup> Vgl. Erwägungsgrund 26 und Anhang II Nr. 1.

<sup>163</sup> Siehe Art. 1 Abs. 1, Art. 5 Nr. 1 Konzessionsrichtlinie.

<sup>164</sup> So *Topp*, in: *Danner/Theobald*, *Energierrecht*, Stand: 83. EL (Jan. 2015), 76. Fernwär-

meinde ist, die Einwohner mit Wärme zu versorgen und sie sich hierfür eben eines privaten FVU bedient. Sofern das FVU aber nicht verpflichtet ist, die Versorgung auch zu erbringen, liegt auch zutreffenderweise keine Beschaffung vor. Die Konzessionsrichtlinie bringt dies mit dem „Betrauen“ des Unternehmers mit einer Leistung zum Ausdruck.<sup>165</sup> Letztlich handelt es sich beim „Konzessionsverträge“ im Bereich der Fernwärme um eine bloße Gestattung in privatrechtlicher Form und um keinen Beschaffungsvorgang. Eine Ausschreibungspflicht nach §§ 46 ff. EnWG, §§ 97 ff. GWB oder nach der Konzessionsrichtlinie besteht nicht.<sup>166</sup>

### E. Bedeutungswandel des Begriffs „Konzession“ im Umwelt- und Infrastrukturrecht

Lassen sich aus diesen Beispielen nun Grundstrukturen der Konzession im Umwelt- und Infrastrukturrecht destillieren? Grundstrukturen gar, deren Verständnis nicht nur einen Erkenntnis-, sondern tatsächlich auch einen Bedeutungsgewinn mit sich brächte? Man mag zweifeln, denn in der praktischen Anwendung muss sich jede Konzessionserteilung an dem jeweils geltenden Fachrecht orientieren, müssen also die konkreten Voraussetzungen erfüllt sein und werden nur die gesetzlich normierten Rechtsfolgen eintreten. Das Bemühen um Grundstrukturen „der Konzession“ erscheint insofern schnell als ein Glasperlenspiel, das freilich durchaus anregend sein kann.

Festzuhalten ist in jedem Fall, dass der Begriff der Konzession im deutschen Verwaltungsrecht von Beginn an durch Unsicherheiten gekennzeichnet war und auch im Laufe der Zeit keine brauchbaren Konturen bekommen hat. Zu unterschiedlich waren und sind Gesetzessprache und Verständnis in der Rechtswissenschaft. Die Erteilung einer „Taxikonzession“, die Verleihung einer Glücksspielkonzession und der Fernstraßenausbaue im Konzessionsmodell sind nur einige Beispiele, die die Unterschiedlichkeit zum Ausdruck bringen.

Insofern ist es möglicherweise gar nicht zu bedauern, dass das (welches?) deutsche Verständnis des Konzessionsbegriffs derzeit europarechtlich überlagert wird. Die Bedeutung des Begriffs der Konzession verändert sich dadurch, das Wort Konzession bekommt einen neuen Inhalt. Die Schwierigkeiten mit der rechtlichen und rechtswissenschaftlichen Einordnung des Begriffs der Konzession liegen dabei derzeit darin, dass der alte Inhalt noch nicht ganz aufgegeben und der neue noch nicht ganz übernommen ist. „Konzession“ ist insofern (der-

merecht Rn. 64 ff., 77.

<sup>165</sup> Siehe Art. 5 Nr. 1 Konzessionsrichtlinie.

<sup>166</sup> Topp, in: Danner/Theobald, Energierecht, Stand: 83. EL (Jan. 2015), 76. Fernwärmericht Rn. 77.



zeit) eine Worthölse, die verschiedenen Bedeutungen zugänglich ist. Ein rein nationales Verständnis der Konzession wird sich dabei nicht aufrechterhalten lassen, es besteht wegen der zahlreichen möglichen Synonyme auch kein besonderes Interesse daran. Die künftige Bedeutung des Begriffs der Konzession und mit ihr die Grundstrukturen der Konzession werden jedenfalls im Umwelt- und Infrastrukturbereich mithin europarechtlich geprägt sein.